DAS

SOLDATEN-TESTAMENT.

HISTORISCH-DOGMATISCHE DARSTELLUNG

UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER AUSLÄNDISCHEN GESETZGEBUNGEN.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND ZUR

ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

BEI DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

KGL. FRIEDRICH-ALEXANDERS-UNIVERSITÄT ERLANGEN

EINGEREICHT VON

EDUARD STEIDLE,

RECHTSPRAKTIKANT AUS WÜRZBURG.

MIT EINER GRAPHISCHEN TAFEL.

WÜRZBURG.

VERLAG DER STAHEL'SCHEN K. HOF- & UNIVERSITAETS-BUCH- & KUNSTHANDLUNG.

1893.

SEINER MAGNIFICENZ

DEM D. ZT. PROREKTOR DER K. UNIVERSITÄT ERLANGEN

HERRN

DR. JUR. EDUARD HÖLDER

O. Ö. PROFESSOR DER RECHTE ETC. ETC.

VEREHRUNGSVOLL GEWIDMET

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535711_0115

Vorwort.

Das Kriegsjahr 1866 reifte in den friedlichen Mauern einer Gelehrtenstube ein wertvolles Werk: Die Monographie *Fitting*'s „Zur Geschichte des Soldatentestaments.“ [1])

Dies ist die letzte Schrift, welche sich in exakter Weise mit der interessanten Materie befasst und zu klaren Resultaten gelangt. Es mag ihr dabei zu Gute gekommen sein, dass vorher schon *Mühlenbruch* in der Fortsetzung zu *Glück*'s Pandekten (Theil 42) den zähen Stoff gesammelt und in allerdings wenig übersichtlicher Weise geordnet hatte. *Mühlenbruch* stützte sich grössten Teils auf die älteren Arbeiten von *Gust. Frid. Hänel*, zwei Dissertationen de testamento militari [2]).

Seit *Fitting*'s Arbeit ist die Materie auch in Deutschland nach dem Vorbilde Frankreichs, dessen Code civil *Fitting* ganz unberücksichtigt liess, vom Gesetzgeber ausgestaltet worden. Ob der hieher bezügliche § 44 des Reichs-Militär-Gesetzes vom 2. Mai 1874 nach jeder Richtung gelungen gefasst wurde, soll am Schluss untersucht werden. Der Armee als Offizier des Beurlaubtenstandes angehörend, hielt ich es für angezeigt, diesen § 44 auf das eingehendste zu behandeln.

---

[1]) Halle 1866.

[2]) Leipzig 1815 und 1816. Dieselben waren mir nicht zugängig, dürften auch von *Mühlenbruch* erschöpft sein.

Bis zur Stunde scheint, soviel Stoff auch aufgehäuft wurde, derselbe noch nicht historisch übersichtlich genug gruppirt und dogmatisch erörtert zu sein und soll hiemit ein Beitrag zur Lösung dieser Aufgabe versucht werden.

Um die Arbeit möglichst plastisch herauszugestalten, wurde auch eine graphische Tafel angefügt, welche es dem Auge gestattet, die Entwicklung der Materie in ihren verschiedenen Stufen von 500 vor Christus bis heute — also durch über zweitausend Jahre — mit einem Blick zu übersehen.

Was war natürlicher, als dass die Analyse der einschlägigen Bestimmungen in Frankreich und Italien anlockte, das Ausland weiter zu durchschweifen? Immerhin war die durch die Schwierigkeit der Quellen-Beschaffung erwachsene Mühe nicht erfolglos, so dass auch den modernen Anforderungen der vergleichenden Rechtswissenschaft in Etwas Rechnung getragen ist.

Würzburg, im Sommer 1892.

Ed. Steidle.

Inhaltsverzeichnis.

1. Kapitel. Seite

Formlosigkeit.

§ 1. Comitial- und Procinctual-Testament, ca. 500 vor Christus 1
§ 2. Weiteres über das Procinctual-Testament 4
§ 3. Das testamentum militare; giltig bei Unruhen 6
§ 4. Giltigkeit zu jeder Zeit a. 59 — 44 vor und 79 — 117 nach Christus 9
§ 5. Historische Zwischenstufe. Einschränkung auf das Lagerleben a. 44—1 vor bzw. —79 nach Chr. und 117—129 n. Chr. 13
§ 6. Begriff der Formlosigkeit 13

2. Kapitel.

Einschränkung der Formlosigkeit; verschiedene Stadien.

§ 7. Formlosigkeit während eines Feldzugs. a. 529 15
§ 8. Voraussetzungen der giltigen Formlosigkeit 17
§ 9. Dauer der Giltigkeit 19
§ 10. Zum Privileg Berechtigte 21
§ 11. Erweiterung auf Nichtsoldaten 23
§ 12. Ergebnisse des justinianischen Rechts 25
§ 13. Das Princip des Soldaten-Testaments 25

3. Kapitel.

Verfall des Instituts.

§ 14. Formlosigkeit nur während des Gefechts. Die Notariats-Ordnung. a. 1498 und 1512 30

4. Kapitel.

Rückkehr zum justinianischen Rechtsbegriff.

§ 15. Zeit der Schwebe nach der Notariatsordnung 34
§ 16. Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 35
§ 17. Das preussische Landrecht von 1794 38
§ 18. Der Code Napoléon von 1804 41
§ 18. Der Codice civile del Regno d'Italia von 1865 44
§ 20. Fittings Lehrsätze im Jahre 1866 46

5. Kapitel. Seite

Deutsches Reichsrecht.

§ 21. Das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44, und dessen Vorläufer, das preussische Gesetz vom 8. Juni 1860 49

§ 22. Gesetzesmängel?
Das neue bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Erste Lesung 1888. 66

6. Kapitel.

§ 23. Internationaler Ausblick. 72

A. Europa. 72

Oesterreich — Ungarn — Montenegro — Frankreich und Italien — Griechenland — Russland — Polen — Livland, Esthland und Kurland — Finnland — Schweden und Norwegen — Dänemark — England — Schweiz — Spanien.

B. Afrika. 84

C. Asien. 84

Indien — Arabien — Japan.

D. Amerika. 88

I. Kapitel.

Formlosigkeit.

§ 1. Comitial- und Procinctual-Testament.

ca. 500 vor Christus.

Die berühmte Stelle des *Gaius* II. 101[1]) „Testamentorum genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant; aut in procinctu i. e. cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.." bringt uns direkt vor einen Gegensatz, welcher in der ältesten Zeit (500 v. Chr.) zwischen den Comitial- und den Procinctual-Testamenten bestand; darauf lässt wenigstens die Gegenüberstellung beider Testamentsformen durch aut — aut schliessen.

Um zu einem richtigen Verständnis der ältesten Form des Soldatentestamentes, des testamentum in procinctu, zu gelangen, wird daher ein Aufsuchen der Gegensätze zwischen ihm und dem Comitialtestament der sicherste Weg sein.

Hölder[2]) macht nun wenig Hoffnung, bezüglich des Procinctualtestaments Klarheit zu erhalten, wenn er sagt, es fehle hiezu „an Stoff". Und doch hat gerade er den zähen Stoff im

1) *Gaii* Institutiones etc. edd. *Krüger* et *Studemund*. Berol. 1884.

2) *Hölder, Eduard*, Professor in Erlangen, „Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts". Erlangen, A. Deichert, 1881. — Insbesondere den Ausführungen *Hölder's* in dem hieher bezüglichen Abschnitt II „Das älteste Testament" habe ich mich angeschlossen. S. 45 Anm. 19 sagt er: „Zu näherem Eingehen auf das testamentum in procinctu fehlt es sowol an Stoff als an Bedürfnis."

Hinblick auf das Comitialtestament so verarbeitet, dass auch für das Procinctualtestament ein gutes Material gewonnen ist. Dies zu verwerten ist aber besonders für die vorliegende Studie ein „Bedürfnis".

Zwei Gesichtspuncte treten da in den Vordergrund: Die Verschiedenheits- und die Gleichheitsmomente beider Testamente.

Verschieden waren sie von einander in Ansehung der Personen und der Zeit, für welche sie galten: Während das Comitialtestament allen Testamentsfähigen, aber nur zweimal im Jahre, zustand, konnten das Procinctualtestament nur dem Soldatenstand Angehörige, und zwar jeweils nur bei Mobilmachung bezw. beim Auszug ins Feld, errichten[3]).

Wenn dann *Hölder* ausdrücklich hervorhebt „an eine Wesensverschiedenheit ist jedenfalls dem Comitientestamente gegenüber nicht zu denken"[4]), leitet uns dieser Gesichtspunkt auf die Gleichheitsmomente über, und ergeben auch diese sich aus *Hölder*'s Darstellung; man könnte danach sogar von einer Wesensgleichheit reden. Diese wichtigen Momente sind folgende drei:

1) Wie beim Comitialtestament entfällt auch beim Procinctualtestament das Requisit der Abstimmung. Das versammelte Heer war lediglich Zeuge dessen, was die Einzelnen testirten. Die allgemeinen Gesichtspunkte für solche Zeugenschaft galten auch hier: Ein Jeder hatte ein höchstpersönliches Interesse daran, den Nachfolger des Testirenden genannt zu hören, und so wurde Jeder als Zeuge zugleich Mitträger der „Garantie gegen Aussterben der Zeugen"[5]).
2) Wie dort der König, so nahm beim Procinctualtestament der Feldherr unter Assistenz des versammelten Heeres

---

[3]) Ibid. S. 49 Anm. 1. „Von nicht blos zeitlich beschränkter Anwendbarkeit war das testamentum in procinctu als ein nur dem Krieger, mithin gerade nicht den der Testamentserrichtung vorzugsweise bedürftigen seniores zugängliches." — *Mühlenbruch* in s. Fortsetzung zu *Glück*'s Pand. Th. 42 S. 24 sagt, das Procinctualtestament habe den Charakter eines Vorrechts der Soldaten angenommen, indem es nicht an bestimmte Zeiten gebunden war.

[4]) *Hölder* a. a. O. S. 45 Anm. 19. Von „Gleichartigkeit" spricht *Hölder* S. 47.

[5]) Ibid. S. 38.

die letzten Willenserklärungen entgegen; es war dies „ein blosser Formunterschied“ [6]).

3) Anfangs ist nach *Hölder*'s Beweisführung als drittes Moment wie beim Comitialtestament die „vorhergehende pontificale Cognition“ [7]) erforderlich gewesen.

Anzuziehen wäre hieher die Stelle des *Gellius* [8]) 15, 27:

„Calata comitia esse, quae pro collegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem alia esse curiata alia centuriata ... Isdem comitiis .. et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant.“

Diese pontificale Cognition sei aber „spätestens durch die zwölf Tafeln“ weggefallen, wodurch dann die letztwilligen Verfügungen „unabhängig von fremder Zustimmung“ wurden.

Danach mussten, wie auch *Hölder* mehrfach [9]) hervorhebt, jene Testamentsformen älter sein, d. h. vor den zwölf Tafeln schon bestanden haben.

Die Frage, welches von beiden Testamenten hinwieder das ältere sei, lässt sich allerdings Mangels Beweismittel nicht feststellen; hier freilich haben wir es geradezu mit einer „Ähnlichkeit von Zwillingen“ zu thuen. Wenn trotzdem *Hölder* einmal als die „älteste Testamentsform“ [10]) jene des Comitialtestaments bezeichnet, mehrfach dann aber wieder von „Gleichartigkeit“ mit dem Procinctualtestament spricht, so hat er damit eine Entscheidung nicht treffen wollen, sondern nur die, Beiden gleichartige, „Form“ als die überhaupt älteste bezeichnet.

Trotzdem wird man deductiv vorgehend annehmen müssen, dass das Comitialtestament als das allgemeinere für das Procinctualtestament Vorbild war, dass sonach Letzteres aus Ersterem als Analogon für die speciellen Fülle des Soldatenstandes sich von selbst und naturnotwendig entwickelte.

Dieses Heran- und Herauswachsen des Procinctualtestaments liesse sich in folgender Weise denken:

---

6) *Hölder* a. a. O. S. 47, 38, 44.

7) Ibid. S. 36 und 43; über deren Wegfall ebenda S. 47.

8) „*Auli Gelli* Noctium Atticarum libri XX“ ex recensione Martini Hertz, Leipzig 1861.

9) *Hölder*, Zur Gesch. d. r. Erbr. S. 30, 63, 67 und 70.

10) Ibid. S. 36.

Die Soldaten [11]) brachten vom eigenen Herd die religiösen Gewohnheiten mit, und so war es in frühester Zeit schon Sitte, vor Beginn einer jeden Schlacht durch ein Auspicium den Götterwillen zu erfragen. Eine solche Heeresversammlung glich aber genau den Volksversammlungen, [12]) und wie bei diesen jeder Bürger calatis comitiis sein Testament errichten konnte — jedoch nur „bis in anno“ — drängte das Bedürfnis dazu, den Soldaten, welche die nur zweimal stattfindenden Comitien nicht immer abwarten konnten, die Möglichkeit der Testamentserrichtung öfter zu geben, zumal ja auch hier wie bei den Comitien dnrch die Auspicien eine religiöse Sanction gewährleistet war.

Gerade diese Thatsache, dass sowol bei der Volks- als bei der Heeresversammlung Auspicien gehalten wurden, spricht dafür, dass diese Anfangs geradezu einen wesentlichen Bestandteil derselben ausmachten. Wie stark diese Auspicien mit religiösem Beiwerk ausgestattet waren, darüber berichtet uns *Marquardt:* [13])

„Jeder Krieg begann mit Opfern, Gebeten und Gelübden; . . . die Aufforderung zur Sühne . . . die Ankündigung des Krieges . . . die Abschliessung eines foedus waren mit genau vorgeschriebenen Ceremonien verbunden, deren Ausübung einem eigenen Priesterkolleg, den Fetiales übertragen war und deren Ritual eine eigene Disciplin, das ius Fetiale war.“

Trotz und vielleicht gerade wegen jener komplicirten Formen erhielt sich das Procinctualtestament ebenso wie das Comitialtestament, beziehungsweise mit und neben diesem, bis es mit den Auspicien zerfiel.

§ 2. Weiteres über das Procinctual-Testament.

Das Procinctualtestament, von welchem auch *Mühlenbruch* klagt „über die Form wissen wir nichts genaues“, muss abgesehen von den *Hölder*'schen Beweispunkten auch um deswillen

---

[11]) Die Erklärung *Mommsen's* in seiner „Römischen Geschichte“ Band I S. 65 für das Wort miles überhebt nebenbei gesagt einer Polemik gegen § 1 D. 29, 1 de testamento militis, woselbst mit Definitionen wie malum — militia — multitudo operirt wird. *Mommsen* führt miles auf „Tausendgänger“ zurück.

[12]) *Glück*, Pandekten Band 34 S. 151.

[13]) *Marquardt-Mommsen*, Handbuch der römischen Altertümer, Leipzig 1879 Bd. VI/III S. 398.

mit dem Comitialtestament gleichartig gewesen sein, weil bei Vorhandensein einer wesentlich anderen Form uns diese von den Juristen sicher wäre überliefert worden, wie es z. B. bezüglich jener des testamentum per mancipationem geschah. [1])

Für die Ähnlichkeit des Comitial- und Procinctualtestaments spricht die Ähnlichkeit der Volks- und Heeresversammlungen: Indem man an Stelle der Bürger im Comitium das Heer setzt, hat man die ganze Veränderung. Der Soldat tritt — wie bei jener der Bürger vor das versammelte Volk — hier vor das versammelte Heer und spricht vernehmlich seine Formel z. B.: „Titius heres mihi esto."

Als Teile des Aktes haben wir hier: Handlungen und Worte. Dabei aber blieben die Worte dieselben — die Handlung nur war eine andere: für die Handlung ist der Ort entscheidend, und während dort die Volksversammlung Zeuge der Handlung — des Vortretens etc. — war, ist es hier das gerüstete Heer.

Betrachten wir noch einen historisch wichtigen Punkt, [2]) so wird uns der Zusammenhang zwischen Comitial- und Procinctualtestament klarer: Die Vollbürger übten in den Comitia curiata das Recht aus, über Krieg und Frieden zu beschliessen. Darin brachte die Servianische Heeresverfassung eine Erweiterung, indem nicht blos die Mitglieder der Curiatcomitien, also nur die Patricier, sondern die ganze Kriegerschaft, welche nach 5 Klassen in Centurien zerfiel, vom König in den comitia centuriata über den Angriffskrieg befragt wurde. *Mommsen* [3]) spricht sich in dieser Richtung aus: „Die Bürgerschaft musste notwendig befragt werden, wenn ein Angriffskrieg beabsichtigt war . . . doch richtete sich jene Frage wie es scheint nicht an die Volksversammlung, sondern an das Heer."

Dieses vollzälige Zusammensein zu feierlicher Stunde liess man zugleich zu Testamentserrichtungen benützen. Was lag näher, als Angesichts der wichtigen Entscheidung seine Privatverhältnisse vor Zeugen zu ordnen!

---

[1]) *Glück* Paud. Bd. 34 S. 226—240; auch *Hölder* „zur Gesch. d. röm. Erbr." Diese Form liegt ausser dem Bereich meiner Untersuchung.

[2]) Solche allgemeine Fragen, besonders das römische Militärwesen behandelt *Marquardt-Mommsen* in Band V/II S. 309 ff.

[3]) *Mommsen*, Römische Geschichte Bd. I. S. 74.

Zu solchen Versammlungen trat der miles natürlich im Paradegewand an, vollgerüstet, und daher kam der Ausdruck exercitus procinctus.

In irgend eine Form [4]) musste dann die Willenserklärung gekleidet werden, wie oben schon bemerkt; denn Alles, was in die Erscheinung tritt, hat eine Form. Allein „Form" ist hier wol zu unterscheiden von Solennität. Die Form bestand [5]) im Vortreten des Soldaten vor die Schlachtreihe und in seiner wortdeutlichen Willenserklärung. [6]) Möglicherweise traten seine Nachbarn, drei oder vier Mann, mit vor, um zu assistiren und genau zu verstehen, was testirt wurde und später darüber Zeugnis geben zu können; möglicher Weise hielt der Testirer dabei die Hände zum Himmel, um die Götter gleichsam als Zeugen anzurufen. Jedenfalls aber war, das ist festzuhalten, das ganze Heer Zeuge.

Mochten Testamente errichtet werden, mochte über Krieg und Frieden beschlossen werden, immer war bei dieser Gelegenheit der Augur mit der divinatio beschäftigt, da vom Willen der Götter der Spruch abhing. Diese Auspicien waren also das Fundament der Procinctual-Testamente!

Demgemäss trugen auch die Procinctualtestamente einen durchaus religiösen Charakter an sich; sie waren publicistisch-sakral, wie sich *Salkowsky* [7]) bezeichnend ausdrückt.

§ 3. Das testamentum militare; giltig bei Unruhen.

Mit dem Fundament fiel auch der Bau selbst zusammen! Cicero [1]) berichtet, dass mit dem Aufhören der Schlacht-Auspicien auch die testamenta in procinctu in Vergessenheit gerieten.

---

[4]) *Mühlenbruch* sagt in der Fortsetzung zu *Glücks* Pandekten Theil 42 S. 73: „Es kam zwar auf die Form überall nicht an, aber der Soldat muss auf irgend eine Art seinen Willen zu erkennen geben."

[5]) Ich erinnere an die fünf alten Processformen, ausführlich in *Sohm's* Institutionen behandelt.

[6]) „Das testamentum in procinctu unterschied sich von dem testamentum calatis comitiis wol nur durch die äussere Form". *von Hahn*, Übereinstimmung der römischen u. germanischen Rechtsprincipien, Jena 1856 S. 570 Anm. 1.

[7]) *Salkowsky*, Lehrbuch der Institutionen S. 157, I.

[1]) In „de natura deorum" lib. II cap. 3 sagt *Cicero*: „nulla' (auspicia) quum viri vocantur (es gab keine Auspicien mehr während das Heer sich aufstellte), ex quo in procinctu testamenta perierunt (und seitdem auch keine Procinctual-Testamente mehr).

Mühlenbruch [2]) nimmt an, das erst unter den Kaisern als Privileg des Soldatenstandes aufgekommene militärische Testament „stehe mit dem in procinctu in gar keiner Verbindung.“

Danach müsste er eine selbständige Neubildung annehmen! Jedenfalls aber ist, wenn auch keine formell bemerkbare oder historisch von Stufe zu Stufe in der Weiterentwicklung verfolgbare Verbindung sich nachweisen lässt, doch nach meinem Dafürhalten ein geistiger Zusammenhang vorhanden, welcher in Erkenntnis der opfer- und gefahrvollen Stellung des Soldaten in grauer Zeit das testamentum in procinctu — im hochgebildeten Kaiserreich das testamentum militare erstehen liess.

Ich habe mit diesen Worten schon den Gedanken an ein dem Rechtsinstitut zu Grunde liegendes Princip berührt, und möchte *Kuntze* [3]) das Wort geben, welcher sich in ähnlicher Weise auslässt: „Der Wille des Soldaten ging über die XII Tafeln, die Privilegien des testamentum militare gebührten den Soldaten standesgemäss.“

Für die Beurteilung der Ausdehnung des Testament-Privilegs ist folgende Institutionen [4])-Stelle wichtig:

> „.... quoquo enim modo voluntas eius suprema sive scripta inveniatur, sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate eius . . . § 3 Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt...“

Baron [5]) gibt diese Stelle an, als die bedingte Formlosigkeit beweisend. Das hactenus besagt „nur insofern, nur insoweit“, ist also bedingungsweise, gleich „nur wenn“, und klärt uns auf, dass die kaiserlichen Constitutionen das Testamentsprivileg nur gestattet haben unter der Bedingung, dass sich die

---

[2]) 42. S. 21.

[3]) *Kuntze*, Excurse über römisches Recht 2 Aufl. Leipzig 1880 S. 361. — Über das Princip selbst werde ich meine Ansicht später darlegen. vgl. § 13. — *Hölder* hat die von mir hier aufgestellte Hypothese vom „Zusammenhang“ als ihm nicht sympathisch bezeichnet. Ich bringe sie, um den roten Faden nicht zu zerreissen, solange ihn ein Anderer nicht fester gesponnen hat.

[4]) I. II, 11 de militari testamento.

[5]) *Baron*, Lehrbuch der Pandekten § 394, II, 1.

Soldaten im Feldlager befanden. Daraus kann man aber schliessen, dass andere Bestimmungen weiter gingen als die kaiserlichen Constitutionen, und überhaupt die Formlosigkeit im vollsten Umfange ohne jene Bedingung gestatteten. Diese anderen Bestimmungen können aber — wieder historisch betrachtet — nur älter gewesen sein und solche ältere waren die testamenta in procinctu. Ein Zweifel könnte allerdings noch entstehen bei flüchtiger Überlesung der Worte des *Gaius* II 101 [6]):

> „cum belli causa arma sumebant“ und „in proelium exituri.“

Die erste Figur ist offenbar freier, weiter; die letztere enger. Jedenfalls ist aber die engere in der weiteren enthalten! Dass *Gaius* nicht strenggenommen nur proelium meinte, oder nur bellum, zeigt der Vordersatz zur letzten Figur: Alterum itaque in pace et in otio faciebant. Dem pax setzt der Römer stets bellum entgegen, weil es ihm der natürliche Gegensatz ist; dem proelium entpricht auch als Gegensatz otium — Kampf und Ruhe. Auch diese Tropen haben sich mundgerecht gebildet. Wie domi militiaeque ist dem Römer der Ausdruck in bello et pace stereotyp, er sagts in einem Athem. Dass *Gaius* jetzt plötzlich neben bellum auch proelium gebraucht, wird Niemand so engherzig auslegen wollen, als habe er das Privileg wirklich nur den ins Gefecht Ziehenden gestattet, nicht überhaupt den Soldaten „cum belli causa arma sumebant“ — wenn es den Kampf galt.

Einerseits wird die Geltung des Privilegs ausgesprochen für den Fall der Mobilmachung — wenn der Krieg erklärt war — einerlei ob eine Schlacht schon geliefert war oder erst geschlagen werden sollte. Die Truppen konnten sich noch in ihrer Garnison befinden, es konnten noch Wochen vergehen, bis man ins Feld zog. Genug, wenn der Krieg erklärt war! Man war auf dem Sprung loszuschlagen, und diese Ungewissheit begründete das Privileg.

Andererseits deuten die Worte auf einen des Bürgerfriedens ledigen, gereizten Zustand, der jeden Augenblick zu einem Zusammenstoss oder Kampf führen kann, sei es gegen Feinde, sei es zwischen Bürgern selbst.

---

6) Oben § 1 initio.

Demnach galt das Privileg überhaupt, wenn Unruhen ausgebrochen waren.[7])

Es muss dies betont werden, weil späterhin das Privileg nur den „in expeditione“ befindlichen Soldaten gestattet war — also nach dem Ausmarsch —, während das testamentum in procinctu etwa von 500 v. Chr. ab vor dem Ausmarsch galt.

Eine Analyse des Charakters dieses Privilegs dürfte ergeben, dass man es mit einem ius singulare[8]) den anormalen Motiven gemäss zu thuen hat. Der Grund zu diesem Privileg lag einzig und allein in den eigentümlichen Verhältnissen des Soldatenstandes.

§ 4. Giltigkeit zu jeder Zeit.

Wie *Ulpian* berichtet, gab auch Caesar den Soldaten ein solches Testamentsprivileg. Von Ceremoniell riss sich Caesar dabei vollständig los und gestattete, dass lediglich die Willenserklärung — formlos abgegeben — genügen sollte zur Errichtung eines giltigen Testaments.

Auffallend ist besonders, dass *Ulpian* von den bei *Gaius* angewandten Clauseln „belli causa“ und „in proelium exituri“ hier gar nichts weiss. Ein Beweis dafür, dass die durch jene Formeln gegebene relative Einschränkung auf die Zeit der Unruhen jetzt weggefallen war, und sonach der Soldat alle Zeit und aller Orten das Privileg haben sollte.

Ulpian's Bericht lautet in l. 1. D. de test. mil. 29, 1:

> Militibus liberam testamenti factionem primus quidem Divus Julius Caesar concessit, sed eo concessio temporalis erat; postea vero primus Divus Titus dedit; post hoc Domitianus, postea Divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit, eamque et Traianus secutus est, et exinde mandatis inseri coepit caput tale.

7) *Mühlenbruch* 42 S. 44 spricht von Expeditionen gegen „Aufrührer oder Räuber“, was inneren Unruhen gleichkommt.

8) *Seuffert*, prakt. Pandektenrecht I § 3. *Windscheid*, Pandekten § 29, 1 und 3. Nach *Hölder* — Pandekten, allgemeine Lehren, Freiburg 1891 S. 70 — hat man es hier mit einem Privileg im subjektiven Sinn zu thuen, einer „auf besonderer rechtlicher Begünstigung beruhenden Sonderstellung gewisser Personen“. *Dernburg*, Pandekten I § 33, sagt mit Bezug auf l. 36 § 4 D. 29, 1 „Das ius commune der Testamente wird dem singulare der Militär-Testamente entgegengestellt.“

Muretus erläutert den Beisatz „sed ea concessio temporalis erat“ als ob dies heisse: das Privileg sei nur „auf eine bestimmte Zeit“ gewährt worden, nämlich „quamdiu in hac vel illa expeditione morerentur“.

Es fragt sich, ob Muret diesen Zusatz von der temporalis concessio richtig verstanden und wiedergegeben hat? Ob nicht, ihm folgend, auch *Sintenis*[1]) fehl ging, indem er die Worte *Ulpians* übersetzte „auf eine gewisse Zeit..“?

Fitting[2]) versteht in seinem Peculien-Werk diese Worte ganz anders, wenngleich auch er zwei Uebersetzungsarten für möglich hält. Ein Beweis, dass die Stelle ihre Schwierigkeiten hat!

Einerseits erklärt *Fitting* als das Nächstliegende, die temporalis concessio sei so zu verstehen, „dass die Verwilligung von vornherein nur als eine vorübergehende gemeint gewesen.“

Anderseits könne man sie aber mit *Mühlenbruch* auch dahin deuten, „dass die Verordnung als eine blosse Regierungsverfügung mit Cäsars Tod ihre Kraft verloren.“

Liest man *Ulpian*'s Darstellung vollständig, sie als ein Ganzes betrachtend, so fühlt man sich allerdings zur letzteren Erklärung *Mühlenbruch-Fitting* hingezogen!

Aber: die ganze Stelle ist chronologisch gehalten, und da *Ulpian* in Überspringung von nahezu 130 Jahren gleich nach Julius Cäsar den Kaiser Titus nennt, als jenen, welcher postea ... primus — also zuerst wieder nach so langer Zeit — die Testirfreiheit seinen Soldaten gestattete, so erscheint der Satz ‚sed ea concessio temporalis erat‘ wirklich als ein novellistisches Einschiebsel des Chronisten *Ulpian*. Er will damit lediglich sagen: Diese Vergünstigung war nur von kurzer Dauer; die Soldaten mussten nach Cäsar's Tod wieder wie jeder andere Römer testiren — ohne Privileg.

Nach alledem wäre die historische Entwicklung meines Erachtens ungefähr folgender Weise zu denken; es ist das Hypothese:

---

[1]) Das corpus iuris civilis, ins Deutsche übersetzt und von einem Verein Rechtsgelehrter herausgegeben von Dr. C. E. Otto, Dr. B. Schelling und Dr. C. Fr. Sintenis. Leipzig 1830.

[2]) *Fitting*, das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung. Halle 1871. Seite 10.

Als Julius Cäsar im Jahre 47 vor Christus die Dictatur erhielt, gab er seinen Soldaten das Recht, ein Testament frei von Solennitäten errichten zu dürfen. Mit seinem Tod a. 44 verlor diese Bewilligung ihre Kraft; sie war also wol nur drei Jahre in Geltung. *Ulpian* erwähnt nicht, dass Augustus oder einer der folgenden Kaiser Cäsars Beipiel gefolgt sei. Darüber hypothesire ich im nächsten Paragraph.

Erst bei Titus setzt *Ulpian* wieder ein, 79 nach Christus, und betont mit primus, dass nach Cäsar zuerst wieder Titus das Privileg aufnahm. In weiterer Folge nennt *Ulpian* die Kaiser Domitianus (81—96), Nerva (96—98), Trajan (98—117) — ein Beweis, dass das Privileg von **79—117 n. Chr. galt.** Von da ab „exinde mandatis inseri coepit caput tale" wurde das Privileg „ein stehendes Capitel" in den Mandaten[3]; erst durch Trajan erhielt es seinen vollen Umfang, sagt *Ulpian*; erst jetzt wurde es ein bleibendes Rechtsinstitut[4]), als welches es „im Bewusstsein des Volkes und der Juristen" nun erst erschien.

Aehnliche Deductionen von *Kuntze*[5]) will ich hier passend noch registriren. Einmal nennt *Kuntze* das schon unter Cäsar geltende militärische Testamentsprivileg „ein formelles Privileg. Materieller Art dagegen ist das als ein Gedanke Augusts bezeichnete Privileg, aus welchem das Institut des castrense peculium erwuchs." Wie wir gesehen haben, ist auch das Testaments-Privileg sehr früh aus einem formellen zu einem materiellen Institut geworden!

Weiter folgert *Kuntze*, das Testaments-Privileg mag „von Tiberius ignorirt worden" sein, und dann erst „aus Anlass der Erweiterung der allgemeinen militärischen Testaments-Privilegien wieder in die Mandate" von Nerva und Trajan aufgenommen worden sein.

Gestützt wahrscheinlich auf die knappe Darstellung bei *Ulpian* nennt *Mühlenbruch* den Julius Cäsar geradezu den „Urheber" des Privilegs.

---

[3]) *Fitting*, zur Geschichte des Soldatentestaments S. 10.

[4]) *Fitting*, das castr. pecul. S. 20.

[5]) a. a. O. S. 665 u. 667.

Mag sein, dass nach Verschwinden des testamentum in procinctu die liberam testamenti factionem wirklich zu allererst Cäsar aufbrachte; — beweisen lässt sich's nicht, aber auch nicht bekämpfen —, da *Ulpian* einziger Gewährsmann ist.

Vielleicht rührt von einem der genannten Kaiser das Capitel in den Mandaten[6]) her, welches für das Privileg eine Lanze bricht. Offenbar sollte es Zwistigkeiten, ob ein so frei errichtetes Testament gelte oder nicht, vermeiden und bekämpfen: „Faciant igitur testamenta, quomodo volent, faciant, quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.“ Die ausschlaggebenden Worte quomodo volent etc. finden sich auch in l. 1 pr. D. 37, 13. Zu fraglichem Capitel ist, wie *Mühlenbruch* Th. 42 S. 26 bemerkt, *Leoninus* der Ansicht, die Worte „quum in notitiam bis nuda voluntas testatoris“ seien vielleicht aus dem Rand in den Text übergegangen. *Mühlenbruch* aber stellt es so dar, als ob gerade seit Trajan diese Worte als „Instruction“ an die Beamten beigefügt wurden.

Als Resultat über Art und Umfang des Privilegs gibt *Mühlenbruch* mit Rücksicht auf ein Rescript Trajans an den Proconsul Statilius folgendes an: „Das soldatische Testament ist zwar von aller Form entbunden, allein jedenfalls muss das gewiss sein, dass der Soldat durch seine Erklärung alles Ernstes die Errichtung seines letzten Willens beabsichtigte. Hat er also zu diesem Behuf Andere um sich versammelt und diese mit seiner Absicht zu testiren bekannt gemacht, so ist die von ihm erfolgte Ernennung eines Erben als wahres Testament anzusehen; eine nur gelegentlich und gesprächsweise... geschehene Erklärung dieser Art kann aber für kein Testament gelten. Dies erfordert das eigene Interesse derer, welche ein solches Privileg erhalten haben; denn sonst möchten sich leicht genug Zeugen finden, um das Dasein eines Testaments zu bekunden, woran im Ernste gar nicht gedacht wurde.“

Dieses Capitel in den Mandaten nicht lediglich als eine Instruction, sondern zugleich als Interpretation des Privilegs aufgefasst — scheint mir die richtige Ansicht!

---

6) *Mühlenbruch* S. 26, 20.

§ 5. Historische Zwischenstufe. Einschränkung auf das Lagerleben.

Wie oben § 3 S. 9 ausgeführt, war aber den Soldaten nach den kaiserlichen Constitutionen Formfreiheit nur insoweit gestattet worden, als sie überhaupt dienen und zwar sich im Feldlager befinden.[1])

Das militant wird mit in castris degunt durch ein et, nicht durch ein aut verbunden. Man ist daher meines Erachtens gezwungen, anzunehmen, dass beides zugleich ein Erfordernis der Formlosigkeit war. Ein Soldat, welcher blos militat, aber nicht im Feldlager sich befindet, hätte demgemäss das Privileg nicht gehabt!

Dass dies wirklich der römische Standpunkt — zur Zeit der ersten Kaiser nach dem testamentum in procinctu — war, beweist der Nachsatz: „extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi... iure facere debent.“

Vielleicht dürfte et hier mit „das heisst“ zu geben sein: Soldaten, welche dienen d. h. im Lager sich befinden, oder schärfer ausgedrückt: und zwar nur, wenn sie sich im Lager befinden.

Möglich ist, dass diese Einschränkung schon einmal auftrat, als die volle Freiheit verschwunden war — nach Cäsar's Tod 44 vor Christus bis zu Titus 79 nach Christus, also während 130 Jahre.

§ 6. Begriff der Formlosigkeit.

Die ursprünglich volle und die daraus entstandene eingeschränkte Formlosigkeit ging soweit, dass man sie illustriren zu müssen glaubte in naiver, geradezu unglaublicher Weise!

Kaiser Constantin führte in einem Erlass vom 11. August 334 [1]) aus, dass auch ein solcher letzer Wille rechtsbeständig sein solle, welcher „auf der Degenscheide oder auf dem Schilde mit Blut (?) vermerkt oder in dem Augenblicke, wo die Soldaten in der Schlacht fallen, mit dem Schwert in den Sand (?) geschrieben worden ist.“

---

[1]) Vgl. pr. § 3 I. 2, 11, und *Mühlenbruch* S. 33.

[1]) l. 15 C. de testamento militis 6, 21. „Proinde, sicut iuris rationibus licuit ac semper licebit. si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in praelio vitae sortem derelinquunt, huiusmodi voluntatem stabilem esse oportet.“

Mühlenbruch [2]) bemerkt „es würde dies ein rechtsgiltiges Testament sein.“ Das „würde“ lässt immerhin erkennen, dass er die Stelle zwar ernsthaft aber in der conditionalen Form als Beispiel aufgefasst hat — und etwas anderes ist sie sicher nicht. Der Kaiser will sagen: wenn ein Soldat in grosser Not so formlos seinen letzten Willen dokumentiren sollte, und dies sich als echt beweisen liesse, soll man sogar das zu Recht gelten lassen. Es ist an die äusserste Möglichkeit gedacht — die Grenze des Undenkbaren berührt!

Ich halte deshalb diese Stelle für ganz unwichtig, für eine narrativ-phantastische Ausschweifung, die man nicht wie *Fitting* und *Mühlenbruch* mit ernstester Miene festnageln und förmlich dispositive verwerten sollte.

Thatsächlich bedurfte es zur Errichtung eines giltigen Testaments von Anfang an des irgendwie erklärten Willens des Soldaten. Dieser Wille musste aber als der wahre, wirklich erklärte irgendwie bewiesen werden können und dazu waren die heute noch geltenden Beweismittel, Urkunden- und Zeugen- auch Indicien-Beweis, erforderlich. Auf die Zahl der Zeugen kam es wol gar nicht an. *Theophilus* bestätigt in seiner Paraphrase ad. p. I. h. t., wie *Mühlenbruch* S. 66 betont „zum Überfluss,“ dass der Soldat sogar vor einem Zeugen testiren könne, und so kommt man auf den gesunden Standpunkt, dass eszur Giltigkeit des erkennbar gezeigten Willens nur eines Beweises bedurfte, mochte derselbe wie immer geführt werden; so auf Grund von Zeichensprache (notae), Winken, aufsatzmässigem Concept, Dictat etc. [3])

---

[2]) Teil 42 S. 59.

[3]) *Mühlenbruch* Bd. 42 S. 30, 59, 61, 63, 64, 73; *Glück* Bd. 40 S. 231; *Seuffert* prakt. Pandekten § 609.

2. Kapitel.

Einschränkung der Formlosigkeit; verschiedene Stadien.

§ 7. Formlosigkeit während eines Feldzugs.

Erst durch *Justinian* hat das Soldaten-Testament [1]) im Corpus iuris eine exakte Durchbildung erfahren [2]).

„Während in Rom [3]) seit der ersten Kaiserzeit alle von Soldaten, gleichviel unter welchen Umständen und an welchem Ort errichteten Testamente keinerlei äusserer Förmlichkeit bedurften, ist dies bekanntlich von *Justinian* auf solche Testamente eingeschränkt worden, welche von Soldaten während eines Feldzugs gemacht werden."

Dass dieser Satz *Fittings* in dieser knappen Form nicht richtig ist, beweisen meine Ausführungen in den §§ 5 und 6, wonach *Justinians* Bestimmung angebahnt und vorbereitet war durch einen unter den Kaisern sich breit machenden longaevus usus.

---

[1]) Schlechthin wird das privilegirte Soldatentestament von den meisten Lehrern des Pandektenrechts als testamentum militum aufgeführt; gegen diese Bezeichnung wendet sich *Mühlenbruch* mit vollem Recht S. 20. „Denn, da der Soldat auch iuri communi testiren kann, so muss man beim ersteren Ausdruck stets hinzudenken „privilegiatum". Richtig ist nur testamentum militare, was *Fitting* wieder durch die Weitschweifigkeit der deutschen Sprache gezwungen mit „militärisches Testamentsprivileg" gibt und nur so den Sinn des römischen Begriffs deckend zu übersetzen vermag. Ich habe kurzweg den allgemein gebräuchlichen Ausdruck „Soldatentestament" gewählt.

[2]) *Mühlenbruch* S. 37.

[3]) *Fitting.* Zur Gesch. d. Soldtest. S. 6.

Die Bestimmung, auf welche *Fitting* mit „bekanntlich“ verweist, mag die am **10. April 529** von *Justinian* gegebene Constitution sein, welche den leitenden Gesichtspunkt für das privilegirte Soldatentestament vorzeichnete. „Nur den im Felde befindlichen Soldaten soll das Testamentsprivileg gewährt sein — his solis, qui in expeditionibus occupati sunt,“ so l. 17. C. 6. 21.

Alle anderen Stellen sind dieser Bestimmung gemäss m. A. n. zu interpretiren.

Mühlenbruch stellt S. 36 u. 37 fest, „dass expeditio militum stets auf den Kriegszustand bezogen und dem Aufenthalt der Soldaten in der Garnison oder im Standquartier — hyberna, sedes etc. — entgegengesetzt wird.“ Zum Beweise dessen citirt er *Sallust* und Andere mehr, und schliesst, *Theophilus* sei hier entscheidend, welcher dem Ausdrucke sedetis — σεδέτοις — Standquartier — das in expeditionibus vel in castris agere entgegensetze. Ich pflichte dem bei.

Von *Justinian* ab galt dann zu Recht, dass dem Kriegsvolke mit Rücksicht auf seine grosse Unerfahrenheit [4]) „videlicet quum in expeditionibus occupati sunt“ [5]) Erleichterungen gewährt sind.

Die Unerfahrenheit, imperitia, simplicitas ist Veranlassung dieser Vergünstigung — „die gewöhnlich bei Soldaten anzutreffende Rechts- und Geschäftsunerfahrenheit. Diese ist also der hauptsächlichste Grund des Testamentsprivilegs.“

Der von Manchen wegen der Gefahren des Soldatenstandes für den eigentlichen Grund gehaltene, „würde am ersten das Privileg rechtfertigen, wenigstens soweit es sich auf einen Erlass der rechtlichen Formen [6]) bezieht“, ist aber in den Quellen nur einmal aufgeführt bei der bon. poss. ex test. militum D 37, 13.

Meines Erachtens genügt auch das nur einmalige Erwähnen dieses Grundes, um ihn als bestehend anzuerkennen! Wozu ihn leugnen, nachdem er am meisten für sich hat?

Auch würde man nach meinem Dafürhalten imperitia deckender mit „Unbedachtsamkeit“ [7]) übersetzen, indem das Testamentsprivileg dann in Kraft trat, wenn ein Soldat nicht schon im

—

4) Darüber später Näheres in § 14.

5) Instit. l. II tit. XI. de militari testamento.

6) *Mühlenbruch* S. 30 u. 31.

7) imperitia=rusticitas=Naivetät.

Frieden und in ruhigen Zeiten mit Rücksicht auf seine zweifelhafte Zukunft seine Verhältnisse geordnet hatte. Ein solches Verhalten war aber mehr unbedacht als unerfahren!

§ 8. Voraussetzungen der giltigen Formlosigkeit.

Voraussetzung des Testaments-Privilegs ist, dass sich die Soldaten auf einem Feldzug befinden; andernfalls müssen sie iure communi testiren „illis autem temporibus . . .“

Während eines Feldzugs gilt also lediglich der letzte Wille; sei er geschrieben oder ungeschrieben erklärt, „quoquo modo.“ Dieser Wille ist nach einer Erklärung des Kaisers Antonius (212) einem Gesetze gleich zu achten l. 1. C. 6. 11.

Dieser Wille kann auch schon früher — vor [1]) dem Feldzug — Gewolltes erneuern, demselben seine Anerkennung geben, wodurch dann gleichsam Neues, jetzt erst Testirtes angenommen wird.

Zur weiteren Erläuterung obiger Bestimmung sei hier ein schon von Kaiser Trajan an Statilius Severus gerichtetes Schreiben erwähnt und dabei bemerkt, dass diese Instruction in J. § 1 l. II. 11 recht wol mit der früher angeführten Stelle (oben § 4), woselbst Trajan als Erhalter des Privilegs genannt wird, in Einklang zu bringen ist. Nach dieser Instruktion muss

1. festgesetzt werden, dass ein Testament errichtet sei, was auch von Nichtdienstthuenden bewiesen werden kann, sogar sine scriptura — also lediglich durch deren Aussage;

2. als Zeugen der stattgehabten Testamentserrichtung können nur solche Leute auftreten, welche bei der Willenserklärung des testirenden Soldaten zugegen waren. Es können auch Frauen Zeugnis geben „homines“. Der miles erklärt z. B. vor gerade anwesenden Leuten — es mögen Kameraden oder Marketender etc. sein —, welche er anruft „convocatis ad hoc hominibus“ seinen letzten Willen [2]).

[1]) Vergl. darüber Ausführlicheres bei *Mühlenbruch* S. 69 f.

[2]) *Mühlenbruch* Th. 42 S. 22 weiss für diese Auffassung sogar einen Gewährsmann in Plutarch zu nennen, welcher in Kapitel 9 seines Koriolanus die Worte gebrauche: „τριῶν ἢ (nicht καὶ) τεττάρων ἐπακούντων.“ Es würde aus diesem Citat hervorgehen, dass ein Soldat keine Solennitätszeugen, sondern lediglich drei bis vier Kameraden bedurfte, welche seine Testirung anhörten und hinterdrein bezeugten. Abgesehen davon, dass Plutarchs Kariolanus nur fünf — nicht neun! — Kapitel zählt, konnte ich die Worte nirgends finden und muss also annehmen,

Sohm[3]) sagt treffend: „Nur dem Soldaten ist es gestattet, wenn er schon in der Schlachtreihe stand, formlos vor den Ohren seiner nächsten Kameraden giltig zu testiren".

Sohm bezieht dies zwar speziell auf das testamentum in procinctu, aber seine Uebersetzung „vor den Ohren" scheint mir auch auf „convocatis ad hoc hominibus" anwendbar zu sein und vollständig zu passen. Die Natur der Sache ergibt, dass der Soldat nicht eigens Zeugen zusammenrufen musste, wie man etwa in wörtlicher Uebersetzung verstehen könnte, sondern dass dies convocatis . . . nicht dispositive gemeint sei, wol aber narrative, wie *Mühlenbruch* und wiederholt *Fitting* betonen.

Mühlenbruch widerspricht sich hier scheinbar, indem er S. 29 verlangt, dass der miles „zu diesem Behuf Andere um sich versammelt", fast im gleichen Athem aber ausspricht S. 30 „Es ist mithin kein das juristische Dasein des militärischen Testaments bedingendes Erfordernis, dass der Soldat Zeugen zusammenruft und vor ihnen seine Absicht zu testiren erklärt." *Mühlenbruch* hat sich so selbst korrigirt!

Gemeint und gewollt war: wer gerade zufällig in der Nähe war, konnte Zeuge des Gehörten sein. Aber „jedenfalls muss das gewiss sein, dass der Soldat durch seine Erklärung allen Ernstes[4]) die Errichtung seines letzten Willens beabsichtigte."

Schriftlichkeit ist nicht notwendig. Die convocati homines haben hinterher lediglich zu bezeugen

α) dass der Soldat seinen letzten Willen erklärte und

β) was er als solchen kundgab.

3. Daraus gewinnt man für die Dogmatik dieser Materie folgende Sätze: Die Zeugenschaft genügt, wenn sie

α) durch Zufall und

β) ohne bestimmte Zahl zusammengeführt

γ) das mündlich Erklärte bekräftigt.

---

dass sie *Mühlenbruch* bei einem anderen Schriftsteller oder in einem anderen Werk Plutarchs las — hier aber falsch citirte! Immerhin sind sie hier von Belang.

[3]) a. a. O.

[4]) *Mühlenbruch* 29, 65. *Glück* Pandekten Bd. 33 S. 318, 323, 326. Dies „allen Ernstes" schliesst daher eine nur „gelegentliche oder gesprächsweise" Erklärung aus, und ist „zufällig" nicht gleichbedeutend mit „gelegentlich" zu nehmen!

4. Blose Erklärung einem Einzigen gegenüber ohne Anwesenheit anderer Zeugen, kann nur insofern Geltung haben, als die Wahrheit des hinterher von dem einzigen Zeugen Ausgesagten durch andere Beweismittel[5]) erhärtet werden kann wie z. B. aus Nebenumständen. Andernfalls ist sie — wenn nur zweifelhaft — ungiltig!

Mühlenbruch hebt S. 67 für diesen Fall ausdrücklich hervor, dass es auf die eine Persönlichkeit ankommt; ist sie glaubwürdig, z. B. ein Offizier, so genügt es; ausserdem muss der Beweis durch andere Mittel vervollständigt werden.

§ 9. Dauer der Giltigkeit.

Ein in der besprochenen Weise errichtetes Testament behält seine Gültigkeit gewöhnlich

1. post missionem intra annum[1]) d. h. es gilt als militärisches Testament, wie der Testator binnen einem Jahre nach seiner Entlassung stirbt. . . . Dabei kommt es auf die Todeszeit des Testirers an.[2])

2. Die Frage, ob die Giltigkeit innerhalb des einen Jahres auch auf pensionirte Präfekten und Tribunen auszudehnen sei, entscheidet *Africanus* verneinend[3]). *Mühlenbruch* ist der Ansicht, „dass man wol schliessen darf, *Africanus* bezweifle nicht die Anwendung dieses Rechts auf dimittirte Offiziere.“ Wie kommt *Mühlenbruch* angesichts des doppelten „neque“ auf diesen Schluss?

Africanus hat hier unrichtig entschieden und es ist kein Grund, diesen Fehler zu verdecken. *Africanus* hielt sich lediglich an die Worte, nicht an den Sinn, welcher doch Allen qui militant et in castris degunt das Privileg auf ein Jahr geltend zusagt -- also auch den Führern, deren Ersetzung durch andere „Nachfolger“ einer missio gleichkommt. Von ihnen heisst es „qui successoribus acceptis militare desinunt.“

---

5) *Mühlenbruch* sagt S. 30: „Lässt sich dies auf andere Art dartun, so gilt das Testament nicht minder.“ Vgl. auch meinen Schlusssatz oben § 6.

1) Bestätigt wird dies durch eine Bestimmung des Kaisers Alexander aus dem Jahr 224, l. 5. C. 6. 21.

2) *Mühlenbruch* S. 121.

3) Ibid. S. 122 und l. 21 D. 29, 1.

Militare desinere ist Beendigung des militare, und gerade dem militans ist das Privileg gewährt. Auch post missionem ist eine solche Beendigung, so dass dem Sinne nach militare desinere und post missionem gleich sind. Beide Beendigungsarten — scheinbar verschieden, thatsächlich gleich — geben das Privileg auf ein Jahr.

Auch aus l. 26 D. 29, 1 wird klar, dass post missionem und militare desinere insofern gleich sind, als es sich um solche handelt „qui honestam vel causariam missionem meruerunt."

Wenn auch die Versetzung in den Ruhestand nicht immer etwas Ehrenvolles ist — successoribus acceptis — indem ein befähigterer Nachfolger eingeschoben wurde, so ist sie doch gewöhnlich, wenn nicht zur Strafe verfügt, eine causaria missio, eine „auf sonst etwas nicht Entehrendes gegründete Entlassung", wie Sintenis übersetzt.

Mühlenbruch[4]) macht noch darauf aufmerksam, dass doch gewiss das, was von den Soldaten gilt, umsomehr bei deren Führern zur Anwendung kommt, als sie militärische Ehrenstellen begleiten. Ganz mit Recht! Ich kann deshalb mit *Kuntze*[5]) ganz und gar nicht sympathisiren, wenn er zu dem Schluss kommt, *Hadrian* habe dadurch, dass er das Privileg auch den ehrenvoll entlassenen Veteranen gab, „die Anschauung begründet, dass das Privileg nicht ein persönliches der Soldaten, sondern ein sachliches des castrense peculium sei". Ich glaube, dass gerade in diesem Punkt das Recht der Persönlichkeit das entscheidende Moment war!

3. Während den ehrenvoll Entlassenen das Privileg innerhalb eines Jahres zugestanden ist, sind die testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, sofort ungiltig. So wird durch argumentum a contrario von *Macer* in l. 26. D. 29, 1. geschlossen.

Schimpfliche Entlassung hebt das Privileg auf, welches lediglich eine Belohnung sein soll, wie *Macer* sagt „quod hoc praemii loco merentibus tributum est." Auch mit diesen Worten ist ein principieller Standpunkt berührt, über den

---

[4]) *Mühlenbruch* 122.

[5]) *Kuntze* a. a. O. 668.

ich später mich auslassen werde[6]). Insofern eine lehrhafte Einteilung Berücksichtigung finden sollte, könnte man demgemäss das Testamentsprivileg zu den privilegia favorabilia rechnen!

§ 10. Zum Privileg Berechtigte.

Die römischen Bestimmungen lassen sich folgendermassen zergliedern:

1. Jeder — Soldat oder, wie wir nachher sehen werden, Nichtsoldat[1]) — soll im Feindesland ein Testament errichten können ohne alle Förmlichkeit,

α) wenn er ein Soldatentestament nicht mehr errichten kann, und

β) soll dasselbe nur gelten, wenn er auch dort umkommt.

2. Die Nauarchen und Trierarchen besitzen das Privileg, wie die Soldaten.

Dieser Satz erhärtet die Ausführungen unter § 9 Ziffer 2 als richtig. Was dem Soldaten gestattet ist, wird dem Offizier nicht vorenthalten sein!

Dabei wäre auch zu beachten, dass Nauarchen und dergl. Chargen nicht etwa als „Nichtsoldaten" zu betrachten sind, sondern zur Kategorie der Soldaten rechnen, und zwar als höhere Gradabstufung.

Mühlenbruch bedient sich öfter des Ausdrucks „wirkliche Soldaten". Abgesehen davon, dass dies ganz unjuristisch ist, ist von einer solchen Einschränkung keine Rede. Was aber diesen Ausdruck selbst anlangt, so finde ich ihn auch öfter in *Fittings* Peculienschrift, und hat dieser ohne Zweifel lediglich in Uebersetzung des römischen „veri milites" im Gegensatz zu „quasi milites", unter welche im Mittelalter die Doctoren und Geistliche gerechnet wurden[2]), so geschrieben. Immerhin ist dieser Ausdruck als unlogisch und unjuristisch zu verurteilen, da der Gegensatz zum „wirklichen Soldaten" nur der des „nichtwirk-

---

[6]) Siehe auch vorn § 7 S. 14 Anm. 5, und späterhin § 13.

[1]) folg. § 11.

[2]) Vergl. § 11 dieser Arbeit und *Fitting* pec. custr. § 442. 556. Fast könnte man bez. des Ausdrucks „wirklich" sagen, was in *Seufferts* Blättern für Rechtsanwendung Bd. VI., S. 99 Note 2 über „eigentlich" gesagt ist: Es lässt sich annehmen, dass die Beiworte „eigentlich — uneigentlich" in 19 Fällen unter 20 des davon gemachten Gebrauchs Mangel an Gedankenschärfe verraten."

lichen“ sein kann, also des Nichtsoldaten. Hier ist aber auch nicht der moderne „Civilist“ schlechtweg als Gegensatz gemeint, sondern es handelt sich um die im nächsten Paragraph zu behandelnden „Nichtkombattanten.“

3. Auch die Ruderer, Ruderknechte und Schiffer haben als Soldaten das Privileg: „in classibus omnes remiges et nautae milites sunt“, ist der berühmte Ausspruch der Quellen l. un. § 1 D. de. B. P. ex test. mil. 37, 13. Die Nachtwachen sollen auch als Soldaten gelten.

Bedenken wir, dass die Ruderknechte gewöhnlich Sklaven — servi publici — waren, diese aber nur über ihren halben Nachlass testiren konnten [3]), so werden unter Ruderer m. E. zunächst die wirklich freien Soldaten, welche diesen Dienst gerade versahen — interimistisch, aus Strafe, oder auch zur Erlernung — gemeint sein. Für ihr halbes peculium hatten in zweiter Linie auch die servi publici das Privileg.

Unter Nachtwachen hat man n. m. A. in diesem Zusammenhang eher an die auf den Schiffen aufgestellten zu denken, als mit Sintenis auf jene „in Rom“ zu verweisen. Die Erklärung „in Rom“ ist weit herbeigeholt, da hier in einem Satze von Ruderern und Schiffern gesprochen wird!

4. Ein Soldat, welcher von einer Kategorie (numerus = Abteilung) in die andere versetzt wird „translatus“, soll — auch wenn er dort noch nicht eingereiht ist — doch das Testamentsprivileg haben. Er ist Soldat, auch wenn er sich momentan bei keiner Abteilung befindet.

Liegt einer der Fälle 1—4 vor, so wird der *Prätor* nachdem Grundsatze handeln: Wenn mir einer ein testamentum militare vorlegen kann, um den Erbschaftsbesitz dadurch zu erbitten, so werde ich ihm die bonorum possessio erteilen, so dass er demjenigen vorgeht, welcher ohne das Testament von Rechtswegen der nächste Intestaterbe wäre.[4])

Möglich bleibt dabei, dass der Verstorbene nur für einen Teil quoquo modo testirte und dass daher der Erbberechtigte nur pro parte die bonorum possessio erlangen kann. Denn hier gilt

---

[3]) Die hieher bezügl. Stelle des *Ulpian* XX. 17 ist ausdrücklich von *Hölder* Instit. S. 221, 3, a hervorgehoben.

[4]) Vgl. *Sohm* bei der Lehre von der bon. poss. Diesem habe ich den Fall analogisirt.

der Satz [5]): „miles enim pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ l. 6 D. 29, 1, welcher von dem Hauptgrundsatz des römischen Erbrechts „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ eine Ausnahme, ja geradezu den Gegensatz zu demselben bildend durch das Reichsgesetz vom 2. Mai 1874 [6]) nunmehr endgiltig beseitigt ist.

Für die Erbittung der bonorum possessio war eine bestimmte Frist gesetzt — regelmässig 100 Tage. Darüber hinaus konnte dem Edict gemäss nicht nachgesucht werden, es galt dies als generalis regula auch für Soldatentestamente.

§ 11. Erweiterung auf Nichtsoldaten.

Auch Nichtkombattanten hatten, wie ich oben S. 21 schon streifte, das testamentum militare, wenn sie ihre Aufgabe erfüllend umkamen.

1. Die kaiserlichen Verfügungen bestimmen in dieser Hinsicht, dass omnes omnino, welche rücksichtlich ihrer Stellung sonst ein testamentum militare nicht errichten können, dann das Privileg voll geniessen, wenn sie durch ihren Beruf oder adhoc durch Kommando oder Dienstvertrag dem Heere folgend im feindlichen Gebiete ergriffen [1]), daselbst sterben „illic decedant“ — also Gefangene! Sie können wie jeder Soldat ohne Solennität testiren „quomodo velint et quomodo possint, . . sive quis alius, qui iure militari testari non potest. l. 44 D. 29. 1.

2. Aehnlich aber weiter gehend sind die hieher bezüglichen Bestimmungen der Digesten de bon. poss. ex test. mil. 37, 13. Danach soll kein Unterschied bestehen zwischen Heer-Zugehörigen qui in hostico loco und Soldaten qui in procinctu, wenn sie in Gefahr sterben. Gleiche Gefahren gewähren gleiche Rechte.

Der hier betonte Gegensatz entspricht unserem heutigen Standesunterschied „Civil und Militär“ mit der Einschränkung, dass dem Civilisten gleiches Recht wie dem Soldaten zugesprochen war nur, wenn er dem Heere berufs- oder ver-

---

[5]) Vgl. über Privilegien beim Soldatentestament dem Inhalte nach *Mühlenbruch* Th. 42 § 1477.

[6]) Ueber dieses handle ich im § 21 und 22.

[1]) *Mühlenbruch*, S. 52 ff

tragsmässig folgend vor dem Feinde umkam; ausserdem bestand auch hier der Gegensatz.

3. *Arndts* führt in seinem Pandekten-Lehrbuch § 487 aus: „Alle Personen, welche in ihrem Berufe die Gefahren von Soldaten teilen, sollen, wenn sie darin umkommen, das Privileg des Soldatentestaments haben", er spricht damit auch den Nichtsoldaten — Nichtkombattanten, wie sie *Baron* nennt — das Privileg unumwunden zu.

Anderer Ansicht aber als *Arndts* ist *Mühlenbruch*, welcher darzulegen sucht, dass der Ausdruck in hostico loco so allgemein gehalten sei, „dass eine Beschränkung auf die Personen, welche durch „Beruf" oder Auftrag bei der Armee sind, höchst willkürlich erscheint . . . Nur die Einschränkung lässt sich rechtfertigen, dass Personen, welche ungeachtet eines Verbotes oder unerlaubter Zwecke wegen der Armee folgen, von dem Vorrechte ausgeschlossen seien".

Eine Ansicht, der man meines Erachtens gegen *Arndts* beipflichten muss nach allgemein juristischer Denkweise.

4. Dem Grunde der römischen erweiterten Bestimmungen nachforschend gewinnt *Mühlenbruch* das Resultat: „Offenbar ist es die nahe dringende Gefahr, welche die Beobachtung der gesetzlichen Formen meist nicht zulassen wird, wodurch man zur Ausdehnung des Rechts auf Nichtsoldaten bestimmt wurde . . . Es wird damit auf eine gegenwärtige Gefahr hingedeutet, so dass mithin das Privileg der Soldaten und der in hostico loco testirenden Pagani sich sehr bestimmt unterscheiden lässt".

Der berufs- oder vertragsmässig dem Heere folgende Nichtsoldat — Paganus, Nichtkombattant — muss in der Gefahr sterben, um für sein Testament Anspruch auf Giltigkeit zu haben(!), wenigstens an der dort empfangenen Wunde(!). In expeditione — ausser Gefecht — hat der Paganus das Privileg nicht, im Gegensatz zum Soldaten.

Für die Pagani haben die Worte quomodo velint et possint beschränkende Bedeutung, indem sie „blos auf die Form" zu beziehen sind, denn für sie entscheidet lediglich die „missliche Lage", nicht die den Soldaten zugestandene imperitia.

Was jetzt noch den Paganus vom Soldaten unterschied, dass er ‚ausser Gefecht' kein Privileg hatte, sollte in späterer Zeit auch vom Soldaten gelten.

So lässt sich m. E. hier eine Wurzel erkennen, an welcher im historischen Verlauf die Notariats-Ordnung[2]) ansetzte!

§ 12. Ergebnisse des justinianischen Rechts.

Das justinianische Recht ergibt, wie die vorhergehenden Paragraphen 7—11 dargethan haben, für die Dogmatik folgende Resultate:

1. Soldaten sind in Friedenszeiten an Förmlichkeiten — ius commune — gebunden;
2. a) Soldaten können während eines Feldzuges ohne jede Förmlichkeit testiren,
   b) die Giltigkeit der zum Beweise ihres letzten Willens dienenden Zeugenschaft ist keiner bestimmten Zahl unterworfen (§ 8, 3); es genügt irgend welcher Beweis des Willens (§ 8, 4).
3. Die Giltigkeit des Testaments ist bei ehrenvoller Entlassung auf ein Jahr festgesetzt; bei schimpflicher Entlassung wird sie sofort kraftlos.

§ 13. Das Princip des Soldaten-Testaments.

Ueber die Frage, ob das Soldatentestament auf einem Princip beruht, schweigt sich *Fitting* ganz aus.

Mühlenbruch[1]) nimmt entschieden dagegen Stellung, will ein solches Princip überhaupt nicht gelten lassen und erkennt nach starker Bekämpfung desselben lediglich die imperitia als Hauptmotiv an, welches aber an Inkonsequenz leide, da nur dem Soldaten im Kriegszustand das Privileg zukomme.

Für *Mühlenbruch* ist eine Klippe lediglich darin erstanden, dass er sich allzusehr in den Begriff des „Motivs“ gehängt hat, so Seite 32. Er selbst sagt, das Motiv ist der „Grund“ für das Princip und als solchen Grund gibt Einer diesen, ein Anderer jenen an! Tatsächlich haben auch verschiedene solche „Motive“ vorgelegen, wie gleich gezeigt werden wird.

Aus diesen verschiedenen Motiven kann sich aber m. E. recht wol ein Princip herausgebildet haben!

---

2) vgl. später § 14.

1) S. 31 f u. 35.

Nach meiner Ansicht ist der Motiv-Begriff weiter, als der des Princips; das Motiv ist beweglich, das Princip ist etwas Feststehendes. Motiv ist der Process des Werdens; Princip ist das Gewordene. Verschiedene Motive können sich allmälich zu einem Princip krystallisiren.

So hier!

Aus allen Quellenstellen — ich verweise auf meine obigen Ausführungen besonders in den §§ 6, 7, 9 und 11 — geht das Eine m. E. unzweifelhaft hervor, dass die Rechtsunerfahrenheit der Soldaten und die Gefährlichkeit ihres Standes dem historisch entstandenen Privileg in der Zeit seiner Erstarrung — vergl. § 3 erster Satz — als psychologische Momente zur Ausgestaltung eines Princips verhalfen [2]).

Imperitia und pericula, sowie die Eigenschaft des Heeres als der nicht nur ausserhalb des Bürgerstandes, sondern über diesem stehenden Stütze der kaiserlichen Macht[3]) sind die Angelpunkte, um welche sich das Privileg dreht!

Auf den eben gebrauchten Ausdruck Soldatenstand zurückgreifend muss ich gestehen, dass der Standpunkt von *Kuntze*[4]), obwol von *Fitting*[5]) sehr lebhaft bekämpft, äusserst sympathisch ist, wonach derselbe in geistreicher Weise ausführt, das ius militum, welches Andere nur zerstreut zur Geltung kommen lassen, habe „im Laufe der Kaiserzeit die Bedeutung eines allgemeinen Standrechtes gewonnen, . . . welches sich vornehmlich im erbrechtlichen Gebiete zeigt".

An der Hand der Quellen führt *Kuntze* den Nachweis, dass und wie sich allmälich die Loslösung eines eigenen Militärstandes vollzogen habe, und wie dieser Standesunterschied auch anerkannt wurde durch die immer häufiger gewählte Aus-

---

[2]) *Mühlenbruch* S. 25, 31, 46.

[3]) *Hölder, E.* sagt in seinen „Institutionen des Römischen Rechts, Tübingen 1877" § 31, III. S. 77: Der Soldatenstand steht jetzt teils als besonders ausschliesslich dem Waffenhandwerk dienender Berufsstand ausserhalb des bürgerlichen Lebens, teils als Grundlage und Stütze der kaiserlichen Herrschaft über dem Bürgerstande".

[4]) a. a. O. § 927 S. 661.

[5]) Das Pecul. castr. etc. S. 7 und Anmerkung daselbst.

drucksweise: ius civile — ius militare; pagani[6]), cives (Civilisten) und milites.

Darin pflichte ich allerdings *Fitting* bei, dass es zu weit ginge, mit *Kuntze* eine förmlich vom gemeinen Rechte des Bürgerstandes getrennte Rechtssphäre des Soldatenstandes anzuerkennen. Beide Standesrechte haben so viele innere Beziehungen, dass sie nicht als nebeneinander bestehend, sondern als in einander fliessend aufgefasst werden müssen.

Die Betonung des vorhandenen Standesunterschiedes aber scheint mir der Erklärung des Testaments-Princips wesentlich zu Hilfe zu kommen.

Zur Lehre vom Princip zurückkehrend betone ich, dass *Fitting* in seiner Peculienschrift[7]) selbst anerkennt, „dass zwar die meisten aber nicht alle militärischen Privilegien aus der Absicht einer reinen Begünstigung hervorgegangen sind.“ So ist nach meiner Ansicht in erster Linie das Soldatentestament zu diesen Ausnahmen zu rechnen und die weitere Ansicht *Fitting*'s hieher zu ziehen, dass „die Entbindung der Soldaten von gewissen Rechtsregeln geradezu als eine Anforderung der Billigkeit erscheint“. Ich gelange auf diesem Weg der weiteren Betrachtung zu folgendem Resultat:

Innerhalb der Gründe — Motive — für das Testaments-Privileg sind zwei Klassen zu unterscheiden: Die einen Gründe sind rein praktischer, die anderen ethisch-politischer Natur. Ich möchte beide „Elemente des Princips“ nennen!

I. Aus praktischen Gründen respektirte man:

1. die Schwierigkeit der Anwendung von Solennitäten und überhaupt jeglicher äusserer Formen! Die missliche, schwierige Lage, in welcher sich der Soldat in der Abhängigkeit, dem Zwange seines Dienstes befindet, ist unbestritten![8])
2. Die Erfahrung lehrt, dass Soldaten ähnlich den Minderjährigen, Frauen und Bauern, von welchen der alte

6) pagani würde heutzutag dem geringschätzigen Ausdruck „Spieser“ oder „Bauer“ gleichkommen, welcher in Soldatenkreisen bezüglich der Civilisten viel gebraucht wird.

7) S. 7.

8) *Mühlenbruch* S. 45, 58.

Satz als den rusticitate gaudentes gilt, unbedacht sind[9]). Dem Umstande muss man zu Hilfe kommen in ihrem und ihrer Angehörigen Interesse.

II. Zu den ethisch-politischen Gründen sind zu zählen:

1. Die Gefahren pericula, welchen sich die Soldaten unterziehen für das öffentliche Wohl.
2. Die Opfer[10]), welche der Soldat infolge seines Standes bringt für die Allgemeinheit, Entsagungen aller Art etc.
3. Dem Soldat soll eine Belohnung zu Teil werden für seine Standesmühen. Es ergibt sich dies durch Rückschluss aus dem Gegenteil, wonach „testamenta eorum, qui ignominiae causa missi sunt, statim desinunt militari iure valere, quod anni spatium testamentis eorum, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, tribuitur[11])".

Auch dieses Citat spricht für das Princip.

Fitting sagt in seiner Peculienschrift S. 18, der wahre Grund für das peculium sei „ohne Zweifel ein politischer", nämlich „Die im Heere dienenden Haussöhne durch eine Vergünstigung zu gewinnen". Ich ziehe diese Worte einer Autorität an, da sie ebenso für meine Erörterungen sprechen, wie obige Quellenstelle!

Die Gesamtheit der oben besprochenen Motive hat das Princip gereift, und aus diesem Princip gewinnen wir endlich auch eine sichere Definition, welche ich etwas weiter fasse, als *Mühlenbruch* S. 19, durch folgende rechtliche Konstruktion:

> Das Soldatentestament ist ein privilegium favorabile, welches mit Rücksicht auf Gefahren und Opfer des Soldatenstandes, sowie dessen Unerfahrenheit in den Angelegenheiten des bürgerlichen Lebens demselben als Aequivalent Befreiung von allen Beschränkungen des gewöhnlichen Testaments gewährt, sobald mobil gemacht ist.

---

[9]) Ibid. S. 46. *Arndts*, Pand. § 62.

[10]) Ibid. S. 31.

[11]) Citirt bei *Mühlenbruch* S. 121 Anm.

Nach meiner Ansicht besteht kein Zweifel, dass dasselbe Princip, aus welchem sich das Testaments-Privileg im römischen Recht herausgebildet hat, fortwirkte und sich erhielt selbst bei der verschiedenen Umgestaltung und Missbildung des Privilegs besonders im Mittelalter[12]), um späterhin im vorigen Jahrhundert mit dem Code Napoléon wieder durchzudringen und unser heutiges Recht — was die formelle Seite anlangt — zu beleben! In diesem Sinne möchte ich auch anführen, was *Hahn*[13]) in allerdings nicht strikte hieher bezüglicher aber doch passend hier zu erwähnender Weise über das Testamentsprincip im allgemeinen sagt. Indem er den Einfluss des römischen Rechts auf das germanische als unverkennbar, bezeichnet, fährt er fort:

„Wie nahe lag es also dass, wo das Bedürfnis zu solch einseitigen Dispositionen auch zu Gunsten anderer Personen hintrieb, man die beschränkt anerkannten Principien generalisirte und sich auf sie bezog, um die erstrebte Umbildung zu rechtfertigen. Aber freilich war es auch hier wieder nicht etwas Fremdes, der Rechtsauffassung Widersprechendes, was man aufnahm und als fremd-Aufgenommenes im Gegensatz zu dem vorhandenen Einheimischen stellte, sondern man knüpfte das Neue für zweckmässig Erkannte eng an das Alte an".

---

[12]) Vgl. den folgenden § 14.

[13]) „Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien" S. 580. Ueber die moderne Unterdrückung der inhaltlichen Privilegien handle ich in § 22 S. 66.

3. Kapitel.
Verfall des Instituts.

§ 14. Formlosigkeit nur während des Gefechts.
Die Notariats-Ordnung.
I.

Im Laufe der Jahrhunderte wurde die Lehre vom Soldatentestament fast zur Unkenntlichkeit verzerrt. Hauptschuld daran „tragen die mittelalterlichen Juristen", welche, wie *Fitting*[1]) ausführt, „dem Sprachgebrauch ihrer Zeit folgend unter milites nicht die Soldaten und Kriegsleute überhaupt verstanden, sondern lediglich die Ritter(!) und daher die von milites redenden Stellen des corpus iuris blos(!!) auf die Ritter bezogen".

Schon von Anfang des 5. Jahrhunderts an hatte der Begriff miles Erweiterungen erfahren, so dass er überhaupt „Jeden[2]) umfasste, welcher zu dem Kaiser in einem Dienstverhältnis stand, sei es als Soldat im Heer, sei es als hoher Staatswürdenträger und leitender Beamter, sei es als Hofdiener oder Hilfsbeamter in einem der zahlreichen officia."

Wie immer folgte auf diese Ausdehnung eine Reaktion, welche dann den Begriff miles zu eng fasste, bis er zuletzt ganz misverstanden und nur auf die Ritter[3]) bezogen wurde.

---

[1]) Zur Gesch. d. Soldatentest. S. 18.

[2]) *Fitting*, das castr. pecul. etc. S. 476, 531, 536.

[3]) Schon die Wormser Reformation von 1498 verstand unter milites die Ritter und gab denselben das peculium castrense, wie *Fitting* a. a. O. S. 618 darlegt, worüber sie dann auch testiren konnten. Die Stelle lautet: „so der Son

Wie die Juristen, so haben auch die Glossatoren des Mittelalters sich zu solchen Misverständnissen verleiten lassen, indem sie „das militärische Testamentsprivileg, wie auch die sonstigen Privilegien, welche das corpus iuris den milites gewährt, von jeher und seit der ersten Wiederaufnahme der juristischen Studien stets nur auf die milites im mittelalterlichen Verstande, d. h. eben auf die Ritter[4])“ bezogen und beschränkten.

Die Glossatoren unterschieden zwischen zwei Fällen: ob nämlich der miles

a) in bello (in expeditione) „im Gefecht“ sich befinde, oder nicht, also

b) extra proelium.

Ersteren Falls, während des Gefechts könne er sine ullo teste ein Testament errichten, letzteren Falls nur per duos testes.

Sie wollen also nur vom Kriegszustande reden und unterschieden dabei die zwei möglichen Lagen des miles: in bello — extra bellum — im Gefecht, ausser Gefecht!

Fitting hebt hervor, „dass in dieser Lehre bis zum 16. Jahrhundert herunter eine seltene Einstimmigkeit und Streitlosigkeit bestand[5])“, so bei Placentinus in Summa Instit. u. Codicis, Azo, Odofredus, Bartolus u. A. Ein kleiner Unterschied in der Auffassung tritt uns bei *W. Durantis* entgegen, in dessen Speculum iudiciale, indem dieser das Gewicht darauf legte, ob der Soldat sich überhaupt beim Heere befindet oder nicht, einerlei ob Krieg oder Frieden. „Jeder beim Heere befindliche miles soll mit Zuziehung zweier Zeugen testiren können; im Kriege und während des Feldzugs — in bello, in castris, in expeditione, was meines Erachtens hier Alles gleichbedeutend gebraucht ist — wenn auch nicht gerade während des Gefechts soll dagegen auch dieses Erfordernis wegfallen und das Testament ganz und gar keine Form bedürfen[6])“.

— — —

Doctor oder Ritter were, der möcht Testament oder geschefft machen von den Gütern, die ein Doctor mit seyne arbeyt oder Kunst oder ein Ritter in streiten oder Kriegshendeln gewonnen het“.

4) *Fitting*, Zur Gesch. d. Soldatentest. S. 23.

5) Ibid. S. 9.

6) Ibid. S. 12.

II.

Aus diesen Missverständnissen des römischen Rechts bildete sich eine feststehende Praxis, welche zu einer der damaligen Zeit verständlichen Gesetzesfassung drängte. Diese erschien dann in der Notariatsordnung Maximilian I. von 1512.

Dieselbe hatte, wie *Fitting* überzeugend ausführt, „nur zur Belehrung der Notarien“ dienen sollen. „Wirklich lässt sich nun aber nichts mit grösserer Sicherheit nachweisen, als dass die Notariatsordnung in Betreff des Soldatentestaments durchaus nichts Neues verordnet, sondern blos aufgenommen und wiedergegeben hat, was seit Jahrhunderten und seit der Glossatorenzeit praktisch geltenden und unbestrittenen Rechtens war[7])“.

Beweise für diese seine Behauptung findet er in den bezüglichen Ausführungen des *Melchior Kling*, *Ferrarius Montanus* u. A.[8]).

Wie *Fitting* weiterhin darlegt, ist das richtige Verständnis für die Notariatsordnung im Laufe der Jahre geschwunden.

Man hielt sie nicht mehr für ein Lehrbuch, sondern für selbständige Quelle. Dahin gehört schon die Behauptung von der „Notwendigkeit der Zuziehung zweier rogirter Zeugen bei Testamenten, welche von milites in expeditione, aber nicht während des Gefechtes gemacht würden“.

Die Notariatsordnung lehrt ausdrücklich in § 2:

> „Aber die ritter, die in übung des streites sind (d. h. also während des Gefechts) mögen ihr Testament machen ohne alle solennität der Form, wie sie wollen“.

Ausserhalb des Gefechts werden von ihnen mindestens zwei Zeugen gefordert. Diese Zeugen brauchen freilich blos die Eigenschaft fähiger Beweiszeugen zu haben, wie sich in Folge des thatsächlichen Aufbaues der Notariatsordnung auf das römische Recht ergibt.

Der Glossator *P. de Castro*[9]) erklärt schon, die duo testes seien ad probandum et debent esse rogati: Beweiszeugen

---

[7]) Ibid. S. 8 u. 23.
[8]) Ibid. S. 20 ff.
[9]) Ibid. S. 14 und 16.

schon aus dem Grunde „da man einem miles im Felde doch kaum zumuten kann, erst noch zu prüfen, ob die von ihm zur Testamentserrichtung zugezogenen Personen auch wirklich alle Eigenschaften fähiger Testaments- und Solennitätszeugen haben . . .“ [10])

Die irrige Meinung von der Notwendigkeit zweier Zeugen bei Testamentserrichtung ausserhalb des Gefechts wurde obwohl nicht im römischen Recht begründet „wegen ihrer Aufnahme und Billigung in der Notariatsordnung“ als Gesetz(!) anerkannt. Solcher Ansicht waren *H. Bocerus, J. Harpprecht* und *Carpzov* [11]).

Allmälich schwand alle Erinnerung an das corpus iuris, und die Notariatsordnung war das einzige „Gesetz“, dessen Bestimmungen für das Soldatentestament bekannt waren und daher Anwendung fanden, um „einer Flut von Streitfragen Thür und Thor zu öffnen“.

Da die Notariatsordnung in den Fehler ihrer Zeit verfallend unter miles nur Ritter verstand, sind auch die in ihr gegebenen Testamentsprivilegien nur auf die Ritter zu beziehen. So haben diese Privilegien ihre Spitze in der Hauptsache wo andershin gerichtet, als es ursprünglich im Geist des römischen Rechtes gelegen.

---

[10]) Ibid S. 26.

[11]) Ibid. S. 22.

4. Kapitel.

Rückkehr zum justinianischen Rechtsbegriff.

§ 15. Zeit der Schwebe nach der Notariatsordnung.

Die Notariatsordnung bezeichnet einen Wendepunkt nach zwei Richtungen hin: einerseits ist sie der Endpunkt des Missverständnisses für die römischen Militärprivilegien, andererseits bildet sie den Anfang für neuerliches Zurückgreifen auf das römische Recht.

Eben noch hatte man das Testamentsprivileg nur den Rittern zugestanden, eben wollte man die Privilegien sämtlichen milites versagen, da wurden sie auch schon wieder den Mietsoldaten ganz zuerkannt.[1])

Das Studium des Altertums brachte bald Klarheit, „dass diese Söldner den alten römischen milites verwandter seien, als die damaligen Ritter und dass die letzteren eher den römischen equites entsprächen.“

Fitting[2]) weiss sogar nach *Gaill* von einem Beschluss des Reichskammergerichts aus der Mitte des 16. Jahrhunderts zu berichten, wonach „die militärischen Privilegien. insbesondere die Testirprivilegien noch in Geltung seien, obwol die römische Art und Form der Aufnahme der milites ausser Gebrauch gekommen.“

Danach muss sich die Reaktion sehr rasch vollzogen haben, so dass die Soldaten sehr bald wieder zu ihrem guten alten Rechte kamen. Es blieben ja die Gründe im 16. Jahrhundert

---

[1]) *Fitting*, das pecul. castr. S. 563 u. 595.

[2]) Ibid. S. 597.

die gleichen[3]) wie in der ältesten römischen Zeit, und so siegte auch hier die dem Princip des Testaments zu Grunde liegende Gerechtigkeit.

Fitting bedauert in seiner Testamentsschrift, die Verbindung mit dem Mittelalter nicht hergestellt zu haben, es sei ihm unmöglich gewesen.

Direkte Anschlüsse werden sich auch kaum finden lassen, da das geordnete Heerwesen der Römer in wüstes Landsknechttum ausartete und in dieser Epoche des freien Werbewesens das Faustrecht galt. Die Angeworbenen selbst aber werden überhaupt meist nichts besessen haben, worüber sie zu testiren ein Interesse gehabt hätten, sie lebten von der Hand in den Mund.

Auffallend aber bleibt mir, dass *Fitting* in seiner Testamentsschrift direkt auf das laufende Jahr 1866 übersprang, ohne der grossen Codifikationen zu gedenken, welche in Bayern, Preussen und Frankreich zu Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts, also im Wendekreis zweier Jahrhunderte, zu absoluter Geltung kamen. Sie schlagen die Brücke zwischen römischem und germanischem Rechtssinn, sie stellen die historische Verbindung zwischen Mittelalter und Neuzeit vollständig her. Grade diese Codifikationen, welche ich im Folgenden einzeln kurz besprechen werde, geben Zeugnis für die Dauerhaftigkeit und Güte des römischen Testamentsprivilegs und beweisen, dass das Princip dieses Rechtsinstituts auch zu ihnen sich durchrang und ihren Kern bildete. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, rechtfertigen sich eigentlich erst die Resultate, welche *Fitting*, wie gesagt, ohne Rücksicht auf jene bedeutenden modernen Codificationen, als im Jahre 1866 geltendes Recht proklamirte. Ueber diese *Fitting*'sche Lehre spreche ich in Kürze in § 20

§ 16. Der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756.

„Moderne" Codification habe ich soeben unseren bayerischen Codex genannt und erstrecke diese Bezeichnung auch auf die in den folgenden Paragraphen zu besprechenden Gesetzeswerke, da sie sich allesamt im Wesentlichen mit unserem jüngsten Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44 decken.

[3]) Ibid. S. 593.

Justinianisch möchte ich sie aber auch zugleich nennen, da sie dem gesunden römischen Standpunkt gerecht werden. Römische Auffassung, römische Begriffe, ja sogar römische Ausdrucksweise begegnen uns, wie wir sehen werden, hier auf Schritt und Tritt.

In seinem III. Teil, Capitel IV § IV führt der Codex Maximilianeus, welchen ich nicht im Texte, sondern direkt nach den von *Kreittmayr* geschaffenen Anmerkungen wegen ihres für die Auffassung des Textes damals wichtigen Ansehens zitire, hieher bezüglich aus:

> „Kriegsleute testiren . . iure privilegiato . . in Kriegszeiten und zwar während der Kampagne und Kriegsexpedition."
>
> „In dubio wird das Testament einer Militärperson allzeit mehr pro militari als communi geachtet."
>
> „Befugt sind nur Kriegsleute, welche entweder zu Land oder zu Wasser dienen . . . doch hat man auch an Volontairs eine Gattung, welche weder in Pflicht noch Sold stehen, gleichwohl aber wirkliche Kriegsdienste mitverrichten."

Der Codex stellt sich ganz auf den Standpunkt des römischen Rechts, indem er auch Nichtkombattanten das Privileg gewährt und, damit kein Zweifel darüber sei, einzelne ihrer Kategorien aufzält. Jedenfalls soll diese Enumeration nicht erschöpfend, sondern beispielsweise sein! So spricht er das Soldatentestament zu: den

> „Pagani oder Civilpersonen, welche zum Behufe des Kriegswesens dienen z. E. Medici, Feldscheerer, Auditore, Quartiermeister, Proviantoffiziere, Commissarii, Marketender, Zimmer- und Handwerksleute."

Sehr interessant für uns ist, dass unzweifelhaft die Frauen zum Testamentsprivileg zugelassen werden:

> „Ihrer Frauen halber beziehen sich zwar die Authores ad L. 1. Cod. de uxoribus militum et ibi Brumann. Leyser spec. 366 de test. mil. Mag aber sein, wie dem will, ist die Sache sowohl der Frauen, als Bediente halber in unserem codice n. 9. affirmative decidirt."

Allerdings wohnte der Bestimmung „nebst Weibern und Bedienten" eine Einschränkung inne, indem das interpretirte „ihrer Frauen" strikte darauf hinweist, dass nur die Frauen

der an sich zum Testament Privilegirten gleiches Recht haben sollen. Es scheint mir hier der römische Ehebegriff[1]) vom „consortium omnis vitae“ aus der l. 1. D. de ritu nuptiarum 23. 2 in erster Linie bestimmend gewesen zu sein. Als selbstverständlich des Privilegs nicht teilhaftig erwähnen die Anmerkungen das „Hurengesind“, während ohne Zweifel von Marketenderinen das Gegenteil gilt. Dass sich der Codex auch bezüglich der Diener bejahend für das Privileg ausspricht, ist nur consequent; ich habe oben einmal den Satz ausgesprochen „Gleiche Gefahren gewähren gleiche Rechte“ — die Bedienten sind ja zumeist an der Seite ihrer Herren, und mag in der Gewährung des Privilegs das oben S. 28 ausgesprochene Princip von der Belohnung erkannt werden.

Ueber die Geltung des Privilegs — zu bestimmten Zeiten — lehrt der Codex, dass es nur gewährt ist

1. wenn der Soldat im wirklichen Streit — Sturm, Ausfälle, Scharmützel gehören hieher —

oder 2. im Felde ist,

letzteren Falls sind mindestens zwei Zeugen erforderlich, welche den Charakter von Solennitäts-Zeugen haben sollen und sind ausdrücklich auch „die Weibsleute“ zu dieser Zeugenschaft zugelassen[2]); der Codex wählt hier den Ausdruck: „doch ist kein Weibsbild von der Gezeugenschaft ausgeschlossen.“

Geradezu komisch wirkt es, wenn *Kreittmayr* in Erinnerung an den kaiserlichen Erlass vom 11. August 334 einen Rat erteilen zu müssen glaubt, indem er bezüglich der Fixirung des letzten Willens „auf der Degenscheide . . mit Blut“ sich dahin ausspricht:

> „so wäre doch gar nicht ratsam, sich einer so schlüpfrigen Schreibart zu bedienen.“

Was von dem Ernste dieser ganzen Auslassung zu halten ist, habe ich früher in § 6 dargethan.

Jedenfalls gilt aber auch hier beim Codex, wie bei allen uns bekannten Bestimmungen über das Testamentsprivileg als oberster Grundsatz „der Wille muss zweifellos sein.“ Der

---

[1]) *Seuffert*, prakt. Pandektenrecht § 440 ff., *Arndts* § 393. *Windscheid* § 489. *Dernburg* III. § 5.

[2]) Das Gleiche habe ich auch schon im röm. Recht aus dem Wort „homines“ geschlossen; vgl. oben § 8.

Codex hat dies ausdrücklich ausgesprochen und schliesst sich diese Bestimmung an meine in § 8 über die Voraussetzungen der giltigen Formlosigkeit gemachten Erörterungen an[3]).

§ 17. Das preussische Landrecht von 1794.

Viel eingehender als das eben besprochene bayerische Recht hat das allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten vom 5. Februar 1794 [1]) zum Soldatentestament Stellung genommen. Der 2. Titel des ersten Teils handelt in den §§ 177 bis 196 ausführlich von unserem Rechtsinstitut und kann man die betreffenden Bestimmungen als im Ganzen vortrefflich gelungen bezeichnen. Ich hebe die wesentlichsten daraus hervor:

> § 177. Die während der Kriegsunruhen von Militärpersonen errichteten letztwilligen Verordnungen sind von den vorgeschriebenen Förmlichkeiten frei.

Zu dieser Bestimmung glaubten die Erklärer des preussischen Landrechts[2]) ausdrücklich erläutern zu sollen, es sei besonders darauf zu achten,

> „dass die Privilegien nur die Form betreffen, in allen Stücken dagegen die Giltigkeit des privilegirten Testaments nach den allgemeinen Vorschriften beurteilt werden müsse".

Dieser Erklärung hätte es bei dem klaren Wortlaut des § 177 kaum bedurft.

> § 180. Alle Personen, welche der Armee zu folgen verpflichtet sind, wenn sie auch nicht wirkliche Kriegsdienste thuen, haben sich dieser Privilegien zu erfreuen.

Das Gesetz gibt diesem Paragraph eine gewisse Erklärung dadurch, dass es in § 181 ausdrücklich auch die Freiwilligen, § 182 die Geiseln als Privilegirte aufführt. Gewissermassen könnte man aber darin eine Einschränkung der Norm § 180 sehen, wenn man nicht den Nachdruck auf deren „verpflichtet" legte. Diese Bestimmung führt uns dazu, die Frage, welche von

---

[3]) Vgl. auch meinen § 5 am Schluss.

[1]) Mit Gesetzeskraft vom 1. Juni 1794.

[2]) „Ergänzungen und Erläuterungen der preussischen Rechtsbücher durch die Gesetzgebung und Wissenschaft unter Benutzung der Justizministerial-Akten und der Gesetz-Revisions-Arbeiten, herausgegeben von Gräff-Rönne-Simon". 2. Auflage. 2. Band.

den Erklärern aufgeworfen ist, ob „Gesinde und Weiber“, wenn sie in den Krieg folgen, zu den Privilegirten zu rechnen seien, bedingungsweise zu bejahen. *Bielitz*[3]) bejaht unbedingt; die Gesetzesrevisoren verneinten unbedingt. Ich trete zwischen Beide und sage: Jedenfalls haben Gesinde und Weiber dann das privilegirte Soldatentestament, wenn sie durch einen Dienstvertrag oder sonstwie „der Armee zu folgen verpflichtet sind.“ Der bayerische Codex war weitherziger, diese Einschränkung kannte er nicht; jedenfalls aber ist diese Einschränkung eine Gesetzesverbesserung.

Den Erklärern ist beizupflichten, wenn sie „auch den Minderjährigen unter 18 Jahren“ die Möglichkeit des Privilegs zugestehen. Das „alle“ spricht für diese Erklärung.

Das Privileg beginnt zu wirken:

§ 178. a) bei Landtruppen von der Zeit, wo sie aus ihren Standquartieren ins Feld rücken,
oder in denselben vom Feinde berannt werden,
b) bei Seesoldaten sobald das Schiff bestiegen ist.

§ 179. Ein derart errichtetes Testament gilt „bis zum Ende des Kriegs, ohne durch Einrücken in Festungen oder Winterquartiere oder durch Waffenstillstand unterbrochen zu werden.“

Die Giltigkeit eines schriftlich errichteten Soldatentestaments bedingt nach § 183, dass dasselbe „eigenhändig geschrieben und unterschrieben und im Feldnachlass vorgefunden wird.“ Entscheidend ist auch hier wieder „lediglich der Wille“. Bei blosser Unterschrift ist noch ein Zeuge, und zwar nach § 186 ein glaubhafter Testamentszeuge erforderlich § 185. Ist ein solcher Zeuge nicht vorhanden, so muss die Richtigkeit der Schrift und Unterschrift des Testators nach § 187 „irgendwie ermittelt oder von den gesetzlichen Erben anerkannt werden.“

Zur Aufbewahrung im Feldnachlasse macht *Bornemann*[4]) die Bemerkung: dieselbe verliere ihre Giltigkeit „indem von einem Feldnachlass nur in Rücksicht derjenigen, welche im Felde bleiben, die Rede sein kann.“ Ein solches Testament gelte also nicht noch ein Jahr nach der Demobilisirung. Dagegen muss ich bemerken, dass Bornemann die Bestimmung bez. des Feld-

[3]) Ibid. zu § 180.
[4]) Ibid. zu § 183.

nachlasses vollständig misverstanden hat; es handelt sich um die Kriegskasse oder einen gleich zu respektirenden Aufbewahrungsort. Aehnlich wie heutzutage das Deponiren eines Testaments beim Notar oder bei Gericht Sitte und teilweise Vorschrift ist, wollte damals bestimmt werden, dass — vielleicht als Schutz gegen Fälschung, Vernichtung etc. — das Testament beim Feldnachlass hinterlegt werde. „Feldnachlass" ist demgemäss nicht die Hinterlassenschaft der im Feld Verstorbenen, sondern ein Stück der Bagage, welches besonderer Sicherheit geniesst.

Die §§ 183—187 haben nach Anhang § 36[5]) Geltung „ohne Unterschied, ob der Aufsatz (Concept) in einer gegenwärtigen Kriegsgefahr oder in Kantonirung oder Winterquartier errichtet worden ist. Durch diese Interpretation wurden die §§ 185—191 ausser Kraft gesetzt.

Bezüglich des mündlichen Testaments bestimmt § 192 dessen Giltigkeit, für den Fall es „während eines Sturmes oder anderen Gefechts oder unmittelbar vorher vor zwei Zeugen" erklärt worden ist. Die Zeugenschaft richtet sich nach § 117 bis 119, welche Glaubwürdigkeit und Unparteilichkeit der Zeugen verlangen. Durch Anhang § 37 ist dem „vor einem Oberoffizier" errichteten Testament gleiche Giltigkeit wie in § 192 eingeräumt.

Ein solches giltig errichtetes mündliches Testament wirkte aber nur, wenn nach § 193 der Testator „noch in demselben Treffen, Sturm oder Gefecht oder vor Heilung einer darin erhaltenen Wunde sein Leben wirklich verloren hat." Es war entschieden ein glücklicher Griff, diese harte Bestimmung zu modificiren, und hat § 38 Anhang ausdrücklich ausgesprochen, dass solche mündliche Testamente, falls kein Widerruf und keine Abänderung erfolgt sei, solange gelten sollten, bis nach beendetem Krieg die Regimenter in ihre Standquartiere wieder eingerückt sind."

Ausser den Fällen der § 192 und 193 ist ein mündliches Testament oder Codicill nur dann giltig „wenn es

a) vor einem vorgesetzten Offizier oder Auditor in Gegenwart zweier Zeugen errichtet,
b) ein schriftlicher Vermerk darüber aufgenommen und

---

[5]) Gesetzesänderungen wurden im „Anhang" vom 1. April 1803 publicirt.

c) dieser Vermerk von den genannten Anwesenden unterschrieben ist.“

Bezüglich dieses Vermerk gilt das oben zu Anhang § 36 Gesagte.

Ein giltiges militärisches Testament — hier kommt nur das schriftliche in Betracht, wie sich aus den über das mündliche geltenden Bestimmungen ergibt — behält auch nach dem Krieg, auf ein Jahr nach hergestelltem Frieden, seine Kraft.

Nach unserem heutigen Standpunkt kann man die bezüglich der Deserteurs in § 197 gegebene Bestimmung der Vermögensconfiscation und daraus entspringenden Testamentsungiltigkeit nicht mehr gutheissen. Immerhin mag sie abschreckend gewirkt haben:

„Militärtestamente der Deserteurs verlieren durch das Verbrechen der Desertion ihre Giltigkeit und diese wird durch den erhaltenen Pardon nicht wieder hergestellt.“

Als „Desertion“ ist in § 464 das „meineidige Verlassen des Kriegsdienstes“ gekennzeichnet. „Pardon“ wäre gleich Begnadigung, und sagt § 466 und 467 (II. Teil, Titel 20): „Das Vermögen des Deserteurs soll durch ein Erkenntnis des Kriegsgerichts confiscirt werden.“[6]) Die Confiscation hing also von einem Urteil ab und allerdings auch erst dieses Urteil machte das s. Z. errichtete Soldatentestament eo ipso kraftlos; es dürfte darüber im Urteilstenor ein eigener Ausspruch erforderlich gewesen sein.

§ 18. Der Code Napoléon von 1804.

Wenn auch in vielen Normen gleich mit den vorbesprochenen Codificationen hat doch der Code Napoléon viel Neues gezeitigt und dabei sich im Ganzen enger als das preussische Landrecht an das römische Recht angeschlossen. Der Code Napoléon scheint mir in unserer Materie so ganz auf gesunden römischen Rechtsanschauungen zu stehen. Vorausgeschickt sei noch, dass auch der Code civil nicht die geringsten Aenderungen in unser Rechtsinstitut brachte. Die Bestimmungen des 3. Buchs, Titel 2,

6) Lediglich eine teilweise Confiscation kennt unser R.-St.-G.-B. bei der Bestechung der §§ 331—334, in welchen Fällen „das thatsächlich Empfangene“ gemäss § 335 als dem Staate verfallen urteilsmässig ausgesprochen werden muss.

Kapitel 5 sind in den Art. 981 ff. in ihren Hauptzügen nachstehend von mir zergliedert:

Les testaments des militaires et des individus employés dans les armées können en quelque pays que ce soit errichtet werden. Nicht blos Soldaten, auch vertragsmässig oder sonstwie Verpflichtete haben das Privileg. Doch ist dieses genau präcisirt. Art. 983: Les dispositions . .

1. n'auront lieu
   a) qu'en faveur de ceux qui seront en expédition militaire (das römische in expeditione tritt hier zu Tage),
   b) ou en quartier, ou en garnison hors du territoire français
   c) ou prisonniers chez l'ennemi;
2. sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans l'intérieur puissent en profiter, à moins qui, ils ne se trouvent
   a) dans une place assiégée
   b) ou dans une citadelle
   c) et autres lieux dont les portes soient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

Neben dem zur Entgegen- und bzw. Aufnahme des Testaments Berechtigten verlangt der Code zwei Zeugen; Aufnahme-Beamte können sein „les testaments pourront . . être reçus

a) par un chef de bataillon ou d'escadron,
b) ou par tout autre officier d'un grade supérieur,
c) ou par un de ces commissaires

und zwar en présence de deux témoins. Der Akt selbst wird in diesem Falle also neben dem Testator drei Personen erheischen. Ausnahmsweise gestattet aber derselbe art. 981 im Ganzen zwei Urkundspersonen 1) wenn diese Beide Kriegskommissäre sind „ou par deux commissaires des guerres", oder 2) wenn der Testator krank ist „si le testateur est malade ou blessé par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice" art. 982. Letzteren Falls konnte also der höchste Sanitätsoffizier im Beisein des Lazaretvorstands den letzten Willen beurkunden.

An dem Essentiale der Zwei-Zeugenschaft hält der Code auch fest bezüglich des Marinetestaments art. 988:

„A bord des vaisseaux et autres bâtiments de l'empereur par l'officier commandant de bâtiment, ou, à son défaut par celui qui le suplée dans l'ordre du service,

l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration ou avec celui qui en remplit les fonctions. . . Dans tous les cas, ces testaments devront être reçus en présence de deux témoins."

Für den Fall, dass eben diese Urkundspersonen, der Kommandant oder Verwaltungsbeamte selbst testiren wollten, übernehmen ihre Funktion der Beurkundung die im Rang Nächsten unter den gleichen Bedingungen wie oben, art. 989:

„les testaments du capitaine ou celui de l'officier d'administration . . . pourront être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service . ."

Die Dauer der Giltigkeit dieser Marinetestamente erstreckt sich nur bis zu drei Monaten, nachdem der Testator ans Land gekommen ist, art. 996:

„Le testament . . 988 ne sera valable qu'autant que le testateur mourra en mer, ou dans les trois mois après qu'il sera descendu à terre, et dans un lieu où il aura pu le refaire dans les formes ordinaires".

Endlich wird zur Sicherheit auch eine doppelte Ausfertigung für die Fälle der art. 988 und 989 verlangt „il sera fait un double original".

Der Termin von 3 Monaten wird bei den Testamenten der Landsoldaten auf sechs erweitert, art. 984:

„Le testament . . . sera nul six mois après que le testateur sera revenu dans un lieu où il aura la liberté d'employer les formes ordinaires".

Berührt sei hier nebenbei, dass für die Berechnung der sechsmonatlichen Frist das Datum der Testamentserrichtung Ausschlag gebend ist. Ob man von da ab 6 Monate zu je 30 Tagen rechnen oder von Datum zu gleichem Datum zählen muss, ist strittig[1]). Ich würde letzterer Zählart, die auch dem art. 132 des Code de commerce entspricht und sehr practisch ist, den Vorzug geben.

Damit ein Testament rite abgeschlossen sei, ist die Unterschrift des Testators und der Zeugen erforderlich; kann der Testator oder einer der Zeugen nicht schreiben, so ist der Grund anzugeben, art. 998:

1) *Arndts* Pandekten-Lehrbuch § 87 und 88.

„Les testaments . . . seront signés par les testateurs et par ceux qui les auront reçus . . . il sera fait mention de la cause [par laquelle . . n'aura pas signé] qui l'empêche de signer".

Wie strenge es mit Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten gehalten werden sollte, besagt Art. 1001:

„Les formalités . . . doivent être observées à peine de nullité".

§ 19. Der Codice civile del Regno d'Italia von 1865.

Das unter Victor Emanuel II. am 25. Juni 1865 mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1866 zu Florenz gegebene bürgerliche Gesetzbuch für Italien hat sich, was das militärische Testamentsprivileg anbelangt, fast wörtlich an den Code Napoléon angeschlossen. Deshalb greife ich auch nur kurz unter vergleichender Gegenüberstellung der einzelnen Artikel auf denselben zurück. Er beweist die Kraft des einmal gewordenen Rechts!

Der Codice civile bespricht zuerst das Marine- und dann das Soldaten-Testament; ich verfahre entsprechend dem Code Napoléon umgekehrt.

I. Den Artikeln 981—984 des Code Napoléon korrespondiren die Artikel 799—803. Auch hier ist das Privileg gleichmässig ausgedehnt auf Soldaten und beim Heer angestellte Leute „il testamento dei militari e delle persone impiegate presso l'esercito".

Auch hier ist an dem Prinzip der Zwei-Zeugenschaft festgehalten; Aufnahme-Person ist auch hier ein höherer Offizier z. B. „un maggiore in presenca die due testimoni". Art. 799.

Nicht soweit wie der C. N. geht hier das Privileg für Kranke und Verwundete, indem diese vor einem Sanitätsofficier und zwei Zeugen testiren müssen, art. 800:

„Se il testatore è ammalato o ferito, il testamento può anche essere ricevto dall'offiziale sanitario di servizio in presenza di due testimoni . . ."

Das römische in expeditione wird auch hier wörtlich herübergenommen, art. 802: „in militare spedizione per causa di guerra" und wird ähnlich dem art. 983 des C. Napoléon er-

läutert für Kriegsgefangene „prigonieri“, Eingeschlossene „in una piazza o fortezza circondata dal nemico, od in altri luoghi dove siano interrotte le communicazioni“.

Höchstwichtig und auffallend ist der Unterschied, dass art. 803 — fast eine wörtliche Uebersetzung des art. 984 des C. Nap. — die Dauer eines so errichteten Testaments von sechs auf drei Monate abkürzt; es kann nicht anders sein, als dass die Bestimmung des Marinetestaments des C. N. art. 996. hier beeinflusste. Art. 803 sagt „Il testamento . . . diverra nullo tre mesi dopo il ritorno del testatore in un luogo ove possa far testamenta nelle forme ordinarie“.

II. Die art. 791 des Codice civile und 988 des Code Napoléon entsprechen sich wiederum völlig; ersterer spricht direkt von „marina militare“. Wichtig sind die letzten Absätze dieser Artikel, indem sie gleichmässig aussprechen, dass in allen Fällen solche Testamente vor zwei Zeugen errichtet werden müssen „in tutti i casi — dans tous les cas-di due testimoni“.

Art. 792 sieht, wie 989 C. N., den Fall vor, dass der Kapitän selbst ein solches Testament errichten will und trifft die sich dafür ergebenden notwendigen Bestimmungen über die Stellvertretung „. . . posono essere ricevuti da quelli che loro succedono . . .“

Auch die doppelte Ausfertigung dieser Marine-Testamente wird verlangt, art. 793 „un doppio originale“.

Bezüglich der Unterschrift des Testaments verlangen endlich art. 794 und 998 C. N. das Gleiche „Il testamento . . . deve essere sottoscritto dal testatore, dalle persona che l'hanno ricevuto e dai testimoni“.

Sollte einer von den Urkundspersonen verhindert sein zu unterschreiben, so ist dafür der Grund „la cause“ anzugeben, art. 794: „. . . si deve indicare il motivo che ha impedito la sottozcrisione“.

Neues hat also der Codice civile, wie wir sehen, nicht gebracht, sondern sich fast ängstlich an den Code Napoléon angelehnt! Immerhin ist auch damit eine Festigung des guten Rechts bewiesen, und klingt es fast wie überlebt, wenn *Fitting* für das gemeine Recht im Jahre 1866 wieder die alten römischen Lehren rekonstruiren musste ohne Rücksichtnahme auf die

moderne Gesetzgebung. Die Verhältnisse zwangen ihn dazu. Erst der Krieg 1870 sollte auch bei uns den Anstoss zu einer Codification bringen!

§ 20. Fittings Lehrsätze im Jahre 1866.

Fitting springt, wie ich schon als auffällig bemerkte, vom Mittelalter auf die Mitte unseres Jahrhunderts über. Seine Ueberleitung geschieht durch folgende Sätze: Die militärischen Testamentsprivilegien waren „bei Erlassung der Notariatsordnung längst durch die vollständige desuetudo verdrängt oder vielmehr richtiger im modernen Europa überhaupt niemals in Uebung gekommen, und sie dürften daher auf die heutigen Soldaten überhaupt gar nicht angewendet werden, wenn nicht seit der Not.-O. wieder eine neue geschichtliche Entwicklung stattgefunden hätte".

Seit dem 16. Jahrhundert nämlich drang man wieder zur Erkenntnis des römischen Rechts durch, so dass auch das militärische Testamentsprivileg „wie zu Justinians Zeiten ein Gemeingut aller Soldaten und Kriegsleute" wurde.

Die Frage, ob Soldaten auch in festen Standquartieren, Garnisonen und Winterquartieren das Privileg haben, verneint *Fitting* in Justinians Sinn. Dieselben müssten, das war auch der Standpunkt der Notariatsordnung, iure communi testiren.

Es ist kein Zweifel, dass *Fitting* zu den gleichen Resultaten gelangt wäre bei Berücksichtigung der oben besprochenen Codificationen, da für Deutschland Mitte unseres Jahrhunderts — 1866 — nicht jene veralteten Codificationen zur Anwendung kommen konnten, sondern auf das Pandekten-Recht rekurrirt werden musste. *Fitting* formulirte demgemäss folgende Lehrsätze:

1. „Die militärischen Testamentsprivilegien erstrecken sich nach heutigem Recht auf sämtliche, aber auch nur auf die ‚wirklichen' Soldaten".

„Soldaten" ist hier im Gegensatz zu Ritter zu verstehen, wie Rhodiser, Maltheser und Ritter vom goldenen Vliess. Soldat ist jeder Kriegsmann vom Gemeinen bis zum Höchstkommandirenden.

2. „Aber selbst diese können in privilegirter Form doch blos dann testiren, wenn sie sich während des Krieges a) auf dem Feldzuge oder b) in einer belagerten oder c) wenigstens von feindlichem Ueberfall stündlich bedrohten Stadt befinden.

In der Garnison oder in Winterquartiren befindliche Soldaten müssen die Formen ius commune beobachten".

„Stündlich bedroht" ist von *Fitting* keinesfalls dispositive, sondern narrative gemeint, wie überhaupt m. E. die Formulirung b und c.

Fitting will lediglich eine Erklärung der momentanen Todesgefahr geben, welche nach unseren modernen Lebensverhältnissen und nach unserem heutigen Rechtsbewusstsein allein das Privileg rechtfertigt.

3. „Bei den auf dem Feldzuge u. s. w. befindlichen Soldaten ist weiter zu unterscheiden, ob sie ihr Testament während des Gefechts, oder nicht im Gefecht errichten".

a) „Im ersten Fall genügt jede nachweisbar von dem Testator herrührende letzte Willenserklärung, einerlei in welcher Weise und Form sie geäussert ist".

Nachweisbar durch Zeugenaussagen z. B. convocatis ad hoc hominibus — suprema voluntas — quoquo modo.

b) „Im zweiten Fall — ausser Gefecht — dagegen muss der Soldat, um die Ernstlichkeit seines Willens ausser Zweifel zu setzen, zur Testamentserrichtung 2 Zeugen zuziehen und diese von seiner Absicht ausdrücklich in Kenntnis setzen. Im übrigen aber brauchen diese Zeugen keineswegs alle Eigenschaften fähiger Testaments- oder Solennitätszeugen zu haben, sondern es genügt, wenn sie die Eigenschaft giltiger Beweiszeugen besitzen".

Dieser Rechtssatz von den 2 Zeugen, für die Notare zur Belehrung ganz „zufällig" in der Notariats-Ordnung aufgenommen, wäre spurlos verschwunden . . . „Irrtum und schiefe Auslegung war es, was ihn . . . hervorgerufen, ein blosser Zufall, was ihn bis auf unsere Tage erhalten".

Fitting hat sich hier schätzenswerter Weise auf den ganz freien Standpunkt gestellt, dass eine Zeugenschaft' eigentlich überhaupt nicht erforderlich sei, sondern der in irgend welcher Art erweisbar erklärte letzte Wille zum Bestand eines Soldatentestaments genüge.

Wie wir gesehen haben, nahmen die modernen Codificationen diesen freien Standpunkt nicht ein, und wir werden erfahren, dass auch das neueste Recht diesen idealen Stand nicht vertritt. Weil eben ideal, hat er auch gar manche praktische Rücksicht gegen sich!

Fitting schliesst mit obigen Lehrsätzen seine Monographie.

Uns obliegt die Aufgabe, weiter vorzudringen bis auf unsere Tage und immer wieder im Rückblick auf das Alte, auf die Quellen, das Neue richtig zu verstehen und zu interpretiren.

5. Kapitel.

Deutsches Reichsrecht.

§ 21. Das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44, und dessen Vorläufer, das preussische Gesetz vom 8. Juni 1860.

Während in Frankreich und Italien die Codificationen fortwirkten, wurden in Deutschland die Specialgesetze, wie das preussische Landrecht derogirt und ein einziger Paragraph fasste zusammen, was im Pandektenrecht und in germanischen Codificationen in zalreichen Normen umständlich geboten war. Alle Bestimmungen des römischen Rechts und der Notariats-Ordnung sind durch das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 in seinem wichtigen § 44 beseitigt worden, ohne dass dasselbe allerdings seine Abstammung aus den römischen Rechtsbegriffen verleugnen könnte; speciell der Code Napoléon ist ihm dabei noch Pathe gestanden.

An Stelle der antiquirten Vorschriften traten solche, welche dem modernen Geiste, der grösseren Kenntnis aligemeiner Rechtsvorschriften. der grösseren Sorgfalt, mit welcher die Vorgesetzten [1]) über das Wohl und Wehe ihrer Untergebenen wachen, entsprechen.

Preussen war übrigens, das muss betont werden, reformirend vorangegangen und hatte unseren § 44 in seinem Gesetz

[1]) Wünschenswert wäre, dass auch auf den Kriegsschulen und Akademieen den Offizieren ein Ueberblick über die Militär-Specialgesetze gegeben würde, was bis jetzt nirgend, oder in zu summarischer Weise eingeführt scheint.

vom 8. Juni 1860 (Nr. 5234 der Gesetz-Sammlg. f. d. K. Preuss. Staaten von 1860), — welchem hinwieder eine Circularordre Friedrichs des Grossen vom 18. Mai 1747 zu Grunde lag[2]) — vollständig vorbereitet. Dieses Gesetz „betreffend die Befugnis der Auditeure zur Aufnahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Förmlichkeiten der militärischen Testamente und die bürgerliche Gerichtsbarkeit über Preussische Garnisonen im Auslande" enthielt in § 1—3 einleitende Bestimmungen über Aufnahmebefugnis durch Auditeure, Geltung als ordentliche Gerichtsakte und Aufbewahrung der Testamente; § 1 entspricht dabei § 5, dem § 3 ist § 11 analog. In den Schlussbestimmungen §§ 10—12 ist die aus dem preuss. Landrecht wiederkehrende Bestimmung interessant, wonach durch „Desertion" das Testament ungiltig wird (vgl. m. § 17 S. 41.); § 12 bringt ausdrückliche Bestimmungen über Marinetestamente, auf welche ich später in Nr. V, 6 S. 56 zurückkomme.

Geradezu völlig gleich sind die §§ 4—9 mit unserem § 44 und zwar entsprechen sich die Bestimmungen sogar der Anordnung nach: § 44 Abs. I ist fast analog § 4, letzterer sagt lediglich einmal „Testament" statt letztwillige Verfügung; § 44 Ziffer 1 = § 5; § 44 Z. 2 a—c = § 6, 1—3; § 44 Z. 3 = § 7; § 44 Z. 4 = § 8 in den drei Absätzen; § 44 Z. 5 = den drei Abschnitten des § 9.

Was bez. der §§ 4—9 gesagt werden könnte, gilt daher ebenso von § 44, nur dass dieser als jetzt geltende Codification den Vorzug eingehender Besprechung für sich beanspruchen muss, und gehe ich hiemit direkt auf diesen über.

Die Vorschriften des § 44 lassen sich folgender Massen zergliedern:

I.

Voraussetzung zur Errichtung eines Soldatentestaments, einer „privilegirten militärischen letztwilligen Verfügung", wie § 44 in Klammern erläuternd beisetzt, ist die Mobilmachung und zwar „Kriegszeiten" einerseits, oder „Belagerungszustand" andererseits. Ob Kriegsfall vorliegt, wird nach Art. 11, ob Belagerungszustand nach Art. 68 der Verfassung des

[2]) *Baron* macht in seinen Pandekten Bd. III darauf aufmerksam. Die Ordre war mir leider nicht zugängig.

deutschen Reiches vom 16. April 1871 zu beurteilen sein[3]). Daraus ergibt sich zweifelsohne, dass auch in Friedenszeiten unter gewissen Voraussetzungen das Soldatentestament gewährt wird. Es ist diese Bestimmung ein Zurückgreifen auf die älteste römische Zeit, wo — wie wir in § 3 sahen — „bei Unruhen" das Privileg galt, seien sie politischer oder sonstiger Natur, und ist dies nur zu begrüssen. In unserer Zeit des Strikes könnte sie noch öfters zu praktischer Verwertung kommen.

II.

Berechtigte zum Soldatentestament sind die in § 38 des R.-Mil.-Ges. vom 2. Mai 1874 bezeichneten und die nach §§ 155 bis 158 des Militär-Strafgesetzbuchs vom 20. Juni 1872 den Militärgesetzen unterworfenen Personen, und zwar sind dies die Angehörigen des aktiven Heeres einerseits, und Dienst- oder Vertragsmässig sonstwie zu dem Heere zählende Persönlichkeiten, sowie ausländische Offiziere andererseits, aber letztere beide nur im Kriegsfalle.

1. Angehörige des aktiven Heeres sind:

a) Die Offiziere, Aerzte, Militärbeamten und Mannschaften des Friedens- und Beurlaubtenstandes vom Tage ihrer An- bzw. Einstellung oder Einberufung bis zum Ablaufe des Tages ihrer Entlassung § 38 A, 1, 2 u. 3 und B 1.

b) Gleich den Vorgenannten alle „in Kriegszeiten zum Heeresdienst aufgebotenen oder freiwillig eingetretenen" Chargen bzw. Mannschaften § 38, B und

c) Die Civilbeamten der Militärverwaltung unter den gleichen Bedingungen wie bei a. § 38 C.

2. Vertragsmässig Verpflichtete sind die bei dem kriegführenden Heere:

a) in irgend einem Dienst- oder Vertragsverhältnis befindlichen,

b) oder sonst bei demselben sich aufhaltenden oder

c) ihm folgenden Personen. § 155 d. M.-St.-G.-B.

---

[3]) Bzw. nach einer zu erlassenden „Mobilmachungs-Ordre", vergl. Versailler Bündnisvertrag vom 23. November 1870. Für Bayern wurden gesonderte Bestimmungen getroffen, wonach (Ziffer III) die Mobilisirung des bayerischen Kontingents durch den König von Bayern erfolgt. Art. 61 bis 68 der Verf. des deutschen Reichs.

3. Die ausländischen Offiziere, welche zu dem kriegführenden Heere zugelassen sind, haben gleichfalls das Testamentsprivileg, wenn nicht Entgegengesetztes durch den Kaiser verordnet wird. § 157 M.-St.-G.-B.

III.

Die Berechtigten sub II sind unter den Voraussetzungen sub I befugt zur privilegirten Testamentserrichtung erst von dem Zeitpunkte ab, wo sie

a) entweder ihre Standquartiere oder
b) im Falle ihnen solche nicht angewiesen sind, ihre bisherigen Wohnorte im Dienste
   α) verlassen, oder
   β) in demselben angegriffen, oder
   γ) belagert werden. § 44, 1.

Das Gesetz hat sich hier zwar nur über den Beginn der Testir-Befugnis ausgesprochen und es somit der Interpretation überlassen, die Dauer der Befugnis daraus zu schliessen. Nimmt man § 38 d. R.-M.-G. zu Hilfe, wo im Gesetz genau ausgesprochen ist, wie lange die Zugehörigkeit im aktiven Heere überhaupt dauert, so ist ein analoger Schluss auf die Dauer der Testirbefugnis nicht schwer zu ziehen. *Mandry*[4]) hat ihn formulirt und pflichte ich ihm vollständig bei, wenn er resultirt, die Möglichkeit bzw. Berechtigung dauere jedenfalls fort „bis der betr. Truppenteil demobilisirt ist bzw. die einzelne Person aufhört, zu dem mobilen Truppenteil zu gehören."

IV.

Für die normalen Verhältnisse ist diesem *Mandry*'schen Grundsatz unbedingt beizupflichten. Anders dagegen ist die Frage zu beantworten, wenn es sich um Berechtigte handelt, die dem Feinde als Gefangene oder Geiseln in die Hände fielen.

Hier hat das Gesetz selbst die Frage gelöst und die Dauer der Testir-Befugnis wesentlich erweitert, indem es bestimmt, dieselbe währe „so lange sie sich in der Gewalt des Feindes befinden."

---

[4]) *Mandry*, „der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze" vgl. zu diesem § 44 d. R.-M.-G.

Der Truppenteil des Kriegsgefangenen oder der Geiseln kann also längst demobilisirt, es kann inzwischen Frieden geschlossen sein, für die genannten Kategorien ist dies irrelevant; ihr Privileg ist noch einmal privilegirt, indem ihnen bis zu ihrer Entlassung aus der Gewalt des Feindes das Soldatentestament gewährt ist; ihr Privileg tritt damit geradezu ausserhalb des Rahmens des § 44. Ich möchte sagen, selbst wenn schon Friede geschlossen ist, sind für jene noch „Kriegszeiten" gegeben; so absurd es klingt, ist es doch logisch, da sie ja immer noch „Kriegsgefangene oder Kriegsgeiseln" sind, eine Eigenschaft, die ihnen nicht mit dem Friedensschluss eo ipso, sondern nur durch eine ausdrückliche Vertragsbestimmung über ihre Rücklieferung genommen werden kann[5]).

---

[5]) *Mandry* sagt: „Mit dem Augenblick, in welchem sie in die Gewalt des Feindes kommen, bis zur Entlassung aus dieser Gewalt". Beispielsweise sei erwähnt Art. 16 des Friedensvertrags zwischen Bayern und Preussen vom 22. August 1866; ferner Art. VI. Préliminaires de paix entre l'Empire allemand et la France du 26 Février 1871 (R.-G.-Bl. Nr. 26 vom 19. Juni 1871), welcher bestimmte:

VI. Les prisonniers de guerre, qui n'auront pas déjà été mis en liberté par voie d'échange seront rendus immédiatement après la ratification des présents préliminaires. . . .	VI. Die Kriegsgefangenen, welche nicht bereits auf dem Wege der Auswechslung in Freiheit gesetzt worden sind, werden unverzüglich nach der Ratifikation der gegenwärtigen Präliminarien zurückgegeben werden. . . .

Im Anschluss daran wurde dann endgiltig in Art. 10. Traité de paix entre l'Empire allemand et la France du 10. Mai 1871 vereinbart:

10. Le gouvernement allemand continuera à faire rentrer les prisonniers de guerre en s'entendant avec le Gouvernement français. Le Gouvernement français renverra dans leurs foyers ceux de ces prisonniers qui sont libérals. . . .	10. Die deutsche Regierung wird fortfahren, im Einvernehmen mit der französischen Regierung, die Kriegsgefangenen zurückkehren zu lassen. Die französische Regierung wird diejenigen dieser Gefangenen, welche verabschiedet werden können, in ihre Heimat zurücksenden . . .

Mit Recht hat es *Arndts*, Pandekten § 484 Anm. 2 als „eigentümlich" bezeichnet, dass *Tewes* in seinem „System des Erbrechts nach heut. Röm. Recht" Teil I S. 138 den Gefangenen sogar die Testirfähigkeit abgesprochen hat. Unser § 44 d. R.-Mil.-G. hat doch über diesen Punkt zweifellose Klarheit geschaffen. Wie ungerecht wäre ein anderer Gesetzesstandpunkt, zumal verwundeten Gefangenen gegenüber, die überdies durch die Genfer Konvention vom 22. August 1864 / 20. October 1868 besonders berücksichtigt wurden. Die deutsche Felddienst-

In erster Linie ist diese Bestimmung so zu verstehen, dass deutsche Kriegsgefangene und Geiseln das Privileg haben sollen. „Die Giltigkeit des internationalen Privatrechts vorausgesetzt, macht es keinen Unterschied, ob die letztwillige Verfügung in Feindesland gemacht worden ist oder nicht", bemerkt *Mandry* S. 533 sehr richtig. Deutschen, welche im Feindesland gefangen gehalten werden, ist ja das Privileg vor allen zugestanden!

Ich glaube aber, dass § 44 auch den Kriegsgefangenen und Geiseln der feindlichen Armee das Soldatentestament gestatten will, so lange sie in der Gewalt des — deutschen — Feindes, also in unserer Gewalt sich befinden.

Bestärkt werde ich in dieser Annahme bei Erwägung der §§ 158 und 159 des M.-St.-G.-B., welche sich sowohl auf deutsche als auf fremde Kriegsgefangene beziehen. Ich setze den Fall: ein ausländischer Kriegsgefangener hat ein Soldatentestament errichtet, welches unserem deutschen Gesetze § 44 genügt; er stirbt in der deutschen Gefangenschaft. Dies Testament wird zweifelsohne wirksam: locus regit actum. Gesetzt, er stirbt nicht, sondern kehrt in seine Heimat zurück, dann wird es darauf ankommen, ob seine Landesgesetze nicht kollidiren. Jedenfalls wird aus Gründen der Reciprocität primär anzunehmen sein, dass ein solches Testament vollgiltig ist; erst in zweiter Linie wäre richterlich festzustellen, dass das in Deutschland errichtete Soldatentestament nach ausländischem Recht für den Ausländer nicht wirken kann.

---

ordnung vom 23. Mai 1887/1890 Teil I, Abschnitt J, Ziffer 312 verweist eigens auf die bezüglichen Stipulationen und sagt in Anwendung des Art. 6:

> „In Gefangenschaft geratene Verwundete und Kranke können nach Uebereinkommen der beiderseitigen Führer sogleich den eigenen Vorposten zurückgegeben werden; andernfalls sollen Dienstunfähige nach ihrer Heilung und womöglich früher in ihre Heimat entlassen werden; Dienstfähige desgleichen, aber unter der Verpflichtung, während des Krieges die Waffen nicht wieder zu führen."

Hier sei auf die ausserordentlich reichhaltige, gekrönte Preisschrift „die Genfer Konvention von Professor Dr. *C. Lueder*, Erlangen, Besold 1876" hingewiesen und nebenbei das dort betonte „Grundprincip des modernen Kriegsrechts" hervorgehoben: „Füge dem Feind nur soviel Schaden zu, als der Zweck des Kriegs es notwendig macht" — ein Satz, dessen Wichtigkeit dem Soldaten nicht oft und scharf genug eingeprägt werden kann, um ihn schon im Frieden zur Kriegshumanität zu erziehen!

V.

Zu den als Berechtigte sub II aufgeführten Kategorien habe ich zu bemerken:

1. Der früher in den Vordergrund tretende allgemeine Begriff „miles“ ist verschwunden. An seine Stelle trat eine genaue Aufzählung aller Privilegirten, bei welcher in ausgedehntester Weise die Nichtkombattanten berücksichtigt wurden, so die unter II, 2 und 3 Genannten. Miles ist bald mit „Mannschaft“, bald mit „Dienstverhältnis“ umschrieben; Soldat schlechtweg kennt unser § 44 nicht.

2. Was den Römern[6]) Kopfzerbrechen machte, ob auch die Führer das Privileg haben sollten, welche Frage die Einsichtigen schon damals als selbstverständlich bejahten, ist jetzt an erster Stelle zum Gesetz geworden: Das Recht ein Soldatentestament zu errichten haben „1) Offiziere . . .“ §§ 44 und 38 R.-M.-G.

3. Der § 44 des R.-M.-G. ist so deutlich gefasst, dass es keinem Zweifel unterliegen kann, dass Personen, welche durch Vertrag irgendwie an einen mobilen Truppenteil gebunden sind, das Testamentsprivileg geniessen. § 155 M.-St.-G.-B.

Ein solches Vertragsverhältnis kann z. B. mit Fuhrleuten der Trainkolonne, mit Marketendern etc. abgeschlossen sein[7]). Auf diese Leute finden die Militärstrafgesetze Anwendung, §§ 155—157 d. M.-St.-G.-B.; und ist dies Voraussetzung der Giltigkeit ihres Testamentsprivilegs; d. h. nicht weil sie bei der Truppe sich befinden, haben sie ohne weiteres das Soldatentestament, sondern weil die Umstände ihrer Teilnahme am Feldzuge sie dem M.-St.-G. unterwerfen, haben sie auch den Vorzug des Privilegs.

Um derartige Leute nicht zu benachteiligen, ist mit „oder sonst“ und „ihm (dem Heere) folgende Personen“ die Entscheidung über ein von denselben errichtetes Testament bezüglich seiner Giltigkeit dem Ermessen der berufenen Juristen überlassen.

---

6) Vgl. oben mein § 10.

7) Die Felddienst-Ordnung bestimmt in Teil I, G, Ziffer 273 ff. das Nähere über „Bagage, Munitions-Kolonnen und Trains“, wonach „im Notfalle und unter persönlicher Verantwortung“ jeder Befehlshaber seine normirte Bagage „durch einzelne Vorspänner“ vermehren kann.

Darüber, ob der Grund zum Soldatentestament in einem Dienst- oder Vertragsverhältnis ruht, wird lediglich die Bestallungsurkunde Aufschluss geben.

Der Codex Bavaricus Maximilianeus zählte ja eine Reihe Privilegirter auf, wie Medici, Quartiermeister, Zimmer- und Handwerksleute etc. Dieser Enumeration hat sich § 44 selbst durch seine allgemeine Fassung überhoben.

4. So kann es keinem Zweifel unterliegen, dass Feldgeistliche jeder Confession zu den eben besprochenen Kategorien der dienst- oder vertragsmässig Verpflichteten zählen. [8])

5. Die oben erwähnten „fremden Offiziere" können zweifelsohne nur Nichtkombattanten sein. Ihre Teilnahme — „Zulassung" wählt § 157 d. M.-St.-G.-B. — dient gewöhnlich der Belehrung oder politischen Zwecken.

Abs. 2 des § 157 M.-St.-G.-B. bestimmt dazu ausdrücklich, dass das „Gefolge" solcher ausländischen Offiziere nach § 155 zu beurteilen sei, also als ein Appendix des kriegführenden deutschen Heeres.

6. Während Frankreich und Italien dem Marinetestament, wie ich das privilegirte Testament der Marinesoldaten kurzweg nannte, grosse Sorgfalt angedeihen lassen, weiss unser deutsches Gesetz von ihm keine Silbe.

Mandry hat in umständlicher Weise das preussische Gesetz vom 9. November 1867 § 13 herangezogen, worin die Angehörigen der Marine als Militärpersonen bezeichnet werden, und greift auf das oben S. 50 von mir erwähnte preussische Gesetz vom 8. Juni 1860 zurück, welches sich ausdrücklich auf die Seeleute beziehe, und wonach die nach dem damaligen Rechte bestehenden Privilegien bes. die Testamentsprivilegien für die Marine als fortbestehend anzuerkennen seien.

Der § 38 des R.-M.-G. vom 2. Mai 1874 im Zusammenhalt mit § 4 des M.-St.-G.-B. ergibt, dass zu den „Militärpersonen" als zum Soldatentestament Berechtigten auch jene „Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten zu verstehen" sind, welche „zur Marine gehören".

[8]) Im Kriege zälen die Feldgeistlichen zu den „oberen Militärbeamten", vgl. *Müller* und *Zwehl*, Handbuch etc. VI. Abschnitt, Kap. I § 8. Ueberdies hat ja § 44 R.-M.-G. selbst den Feldgeistlichen die Autorität von Testaments-Urkundspersonen eingeräumt!

Gleiches geht aus den Zusatzbestimmungen § 162 ff. M.-St.-G.-B. hervor. Weiter aber schliesse ich aus § 164 dieser Zusatzbestimmungen, dass § 44 R.-M.-G. auf die Marine in der Weise anzuwenden ist, dass „Kriegszeiten" für ein Seeschiff schon dann gegeben sind, wenn es in „Kriegszustand" versetzt ist d. h.: wenn es „ausserhalb der heimischen Gewässer allein fährt".

Man könnte in Zweifel kommen, ob § 44 R.-M.-G. nicht gemäss § 165 des M.-St.-G.-B. zur Voraussetzung verlange, dass das Seeschiff „vor dem Feinde" sich befinden müsse, um als in Kriegszeiten flott zu gelten. Daraus aber, dass § 44 selbst den Kriegszeiten den Belagerungszustand gleich stellt, schliesse ich, dass nicht das Aeusserste gefordert werden soll und der „mobile Zustand" eines Seeschiffes vollständig den Umständen entspricht, wenn das Landheer in Kriegszeiten sein Standquartier verlassen hat.

So sind durch Analogie für die deutsche Marine thatsächlich ganz ähnliche Gesetzesbestimmungen als geltend aufzufinden, wie sie in den älteren fremden Gesetzen und in dem preussischen Gesetz vom 8. Juni 1860 bestanden.

7. Ich verwickle mich in keinen Widerspruch, wenn ich entgegen meinem § 20,1 behaupte, dass gewissen Ritterorden wie den Rhodisern und Maltesern[9]), eben doch das Soldatentestament dann zusteht, wenn sie als eine der durch § 155 M.-St.-G.-B. privilegirten Kategorien erscheinen.

Als solche werden sie immer anzuerkennen sein, wenn sie in Erfüllung ihres Ordensstatuts oder durch eine gegebenen Falls eigens geschaffene Norm Krankenpflegerdienste verrichten.

In Preussen verweise ich hieher gehörig insbesondere auf den Ritterorden der Johanniter, Ballei Brandenburg; in Bayern auf den Hausritterorden vom hl. Georg[10]).

[9]) *Fitting* sprach denselben in Hervorkehrung des Gegensatzes zwischen milites und mittelalterlichen equites die Soldaten-Eigenschaft ab, und ich habe mich ihm darin angeschlossen! — Eingehendes über die Malteser-Ritter ist zu finden in dem vortrefflichen „Lehrbuch der freiwilligen Kriegskrankenpflege beim Heere des deutschen Reichs" von *Friedrich von Criegern-Thumitz*, Leipzig 1890, Seite 193 ff.

[10]) Vgl. *Criegern* etc. Die Johanniter haben Korporationsrechte seit 8. August 1853, die Malteser seit 22. Februar 1867, die Georgsritter —

8. Anschliessend komme ich hier auf das grosse Gebiet der Krankenpflege zu sprechen und muss damit im Zusammenhang die Frage lösen, ob auch Frauen mulieres ein Soldatentestament errichten können.

Ich spreche mich entschieden in bejahendem Sinne aus, denn sie fallen als Krankenpflegerinnen unter § 155 M.-St.-G.-B. Gerade in Erfüllung der Krankenpflege leistet das Weib gewöhnlich weit mehr, als der Mann jemals zu leisten im Stande wäre.

Die Geschichte unserer jüngsten Kriege weiss von dem weiblichen Opfermute zu erzählen!

Die Ausführungen, welche *Fitting* zu dieser Frage — aber natürlich auf das peculium castrense bezogen — macht, muss ich entschieden bekämpfen. Vielleicht wäre er zu meiner Ansicht gelangt, wenn er die Frage bez. des Soldatentestaments ventilirt hätte. Hier bedarf es wahrlich keiner erkünstelten Beispiele und Heranziehung besonderer Heldenthaten! Die Krankenpflegerinen beweisen stündlich den grössten Opfer- und Heldenmut! *Fitting* [11]) kommt zu dem Schluss „Soldat und Weib sind innerlich widerstreitende Begriffe“ . . . Leistet eine barmherzige Schwester nicht dasselbe, wie ein Soldat der Sanitätskompagnie? Er ist Soldat auf Grund unserer militärischen Organisation; sie gilt ihm gleich auf Grund ihrer Leistungen, ihres Dienstes. Und letzterer Punkt wird eben das entscheidende bei Beurteilung der Frage nicht blos der Zweck- sondern auch der Gesetzesmässigkeit nach sein. Die Krankenpflegerin ist gemäss § 155 St.-M.-G.-B. vollständig gleich den Militärpersonen des § 38 St.-M.-G. gehalten und zu behandeln. Ich komme zu dem Schluss:

Krankenpflege im Allgemeinen, geleistet von Frauen im Speziellen, gewährt das Testamentsprivileg [12]).

---

gegründet am 20. März 1729 von Kurfürst Karl Albrecht von Bayern — sind seit 27. April 1871 reorganisirt. *Criegern* sagt S 190: Bei Beurteilung der Ritterorden darf niemals vergessen werden, dass dieselben gestützt auf historische Ordnung zuerst in der freiwilligen Krankenpflege praktisch thätig gewesen sind“.

[11]) Vergl. das Peculium castrense etc. § 86,15 S. 622.

[12]) Die Felddienst-Ordnung enthält ausführliche Bestimmungen in Teil I, über den „Sanitätsdienst“ und ist besonders wichtig Ziffer 310, wonach

Ich erstrecke durch diese höchst wichtige Entscheidung das Privileg auf einen sehr grossen Personenkreis, welcher in Kriegszeiten dem Vaterlande die wichtigsten Dienste leistet. In erster Linie gehören hieher: die barmherzigen Schwestern und die Diakonissinen; in zweiter Linie die zalreichen Wohltätigkeitsvereine mit der Devise „Verpflegung der Verwundeten im Felde". Dahin gehören: die freiwilligen Sanitäts-Colonnen, die sog. Landes-Hilfs-Vereine, die Frauen-Vereine unter dem rothen Kreuz, der bayer. St. Georgs-Hilfs-Verein etc.[13]).

Es bedarf kaum des Hinweises, dass die Mitglieder dieser Vereinigungen nur dann das Soldatentestament errichten können, wenn alle Voraussetzungen des § 44 R.-M.-G. erfüllt sind[14]).

---

die freiwillige Krankenpflege „im Bereiche der Truppen von höherer Genehmigung abhängig", in erster Linie „für den Sanitätsdienst im Etappenbereich und in den Reserve-Lazarethen der Heimat etc." in Anspruch genommen wird. Die Kriegssanitätsordnung vom 10. Januar 1878 und die Kriegsetappenordnung vom 3. September 1887 sind zu dieser Frage ausserordentlich wichtig (vgl. *Criegern*) Erstere besagt in § 209 „dass im Bereiche der operirenden Armee die freiwillige Hilfe in der Regel nicht zur Verwendung kommen solle etc." Da aber die Etappeninspektionen grossenteils fern der Heimat sind, ist § 44 R.-M.-G. „Verlassen des Wohnorts etc." und Testamentsprivileg gegeben.

Hier sei wiederholt der in Ziffer 312 der Felddienstordnung erwähnten „Genfer Konvention" gedacht, welche humaner Weise die Sanitätsanstalten mit Material und Personal — einschliesslich der Geistlichen — als „neutral" privilegirte.

[13]) Vgl. über Diakonissinen, katholischen Ordensschwestern, Schwestern vom roten Kreuz (weltliche Pflegerinen), Männervereine etc. *Criegern* Seite 214 ff, welcher mehrfach bezüglich der „Freiwilligkeit" betont — bes. S. 205 —, dass „der Begriff der Freiwilligkeit sich umwandeln muss in den der ethischen Notwendigkeit und des Pflichtgefühls". Schon daraus, mehr aber noch aus der Unterwerfung des freiwilligen Sanitätspersonals unter das Militärstrafgesetzbuch, die Kriegsgesetze und die Disziplinarstrafordnung für das Heer — vgl. *Criegern* S. 206 — geht dessen militärische Dienstes-eigenschaft hervor.

[14]) Aus meinen Darlegungen geht hervor, dass ich konsequenter Weise ein Gegner der von *Fitting* in seinem Peculienwerk S. 622 vertretenen Ansicht bin, das Weib sei eines peculium castrense unfähig. Ich stimme allen Widersachern *Fitting*'s zu, welche die Frage bejahen aus den gleichen Gründen wie oben. Um bei meinem Beispiel der Krankenpflegerinen zu bleiben, so ist doch sehr wol möglich, dass sie ein peculium erwerben! Ein quasi peculium gesteht ihnen übrigens *Fitting* S. 647 sogar selbst zu.

9. Der § 38 R.-M.-G. stellt im Kriegsfalle die Angehörigen der Linie und des Beurlaubtenstandes vollständig gleich. Eine Polemik darüber, dass diese Personen ein Testamentsprivileg nicht haben, wenn ihnen eine Einberufung nicht zukommt bzw. wenn sie vom Kriegsdienst etwa Krankheit halber dispensirt werden, verbietet sich aus dem Gesetze selbst § 38 und 44. Auch ein Angehöriger der Linie würde in einem solchen Falle des Privilegs verlustig, da es doch nur den Dienstleistenden zu Gute kommen soll [15]).

10. Nachzutragen habe ich zu Ziffer 8, dass das weibliche Geschlecht nicht blos für den Fall der Krankenpflege soldatisch testiren kann, sondern allzeit genau wie jede andere Militärperson, wenn und solange ein Weib im Kriegsfall sich dienst- oder vertragsmässig bei unserem mobilen Heere befindet § 155 M.-St.-G.-B.

Ausser Krankenpflegerinen werden sich heutzutage ja wenige Frauen mehr bei der Armee aufhalten; selbst das Marketenderinen-Wesen ist glücklicher Weise ziemlich abgeschafft. Wir stehen also auf einem praktischeren und gesunderen Standpunkt als der Codex Maximilianeus [16]), welcher die Weiber der in den Krieg Ziehenden diesen ohne recht ersichtlichen Grund und Zweck bezüglich des Privilegs gleichstellte.

Wenn das Weib nicht eine sittliche Aufgabe im Kriege zu erfüllen berufen ist, wird seine Gegenwart nur hinderlich sein; gerade der römische Gedanke vom consortium omnis vitae aber ist im Kriege in die Praxis umgesetzt Verderben bringend.

VI.

Der Gesetzgeber hat nicht wie frühere Codificationen sich an den Ausdruck Testament geklammert, sondern in § 44 die weite Formel „letztwillige Verordnungen“ gewählt. Dadurch ist auch die Bezeichnung Soldatentestament weiter geworden, und darf man ihr nicht römischen Testamentscharakter beimessen.

---

15) Der Angelpunkt ist auch hier der Dienst, wie ich schon anderweit allerdings lediglich bez. des Offizierstandes zu definiren suchte (vgl. mein Aufsatz über Zwangsvollstreckung in Dienstgegenstände etc. der Offiziere im Archiv für di civilistische Praxis 1891, Heft I S. 154 f.). Hier umfasst der Dienst einen weiteren Kreis, nämlich alle Heeres-Angehörige.

16) Vgl. oben mein § 16.

Unter Soldatentestament will jetzt jedwede letzwillige Verfügung, jede Willenserklärung verstanden sein, sei sie den Voraussetzungen eines Testaments oder Kodizills entsprechend.

Mandry[17]) deducirt daher richtig, wenn er sagt: „Es ist kein Unterschied in der privilegirten Form des Testaments, der Kodizille und anderer etwa in Betracht kommender letztwilliger Verfügungen".

VII.

Die Form des Soldatentestaments ist eine dreifache; das Testament muss:

1. entweder vom Testator eigenhändig ge- und unterschrieben sein, oder
2. a) vom Testatur eigenhändig unterschrieben und
   b) mitunterzeichnet werden
      α) von zwei Zeugen, oder
      β) von einem Auditeur, oder
      γ) von einem Offizier.
3. Der Testator selbst hat keinen Federzug gethan, dann muss
   a) von einem Auditeur, oder
   b) von einem Offizier, und zwar jeweils
   c) unter Zuziehung zweier Beweiszeugen oder noch eines Auditeurs oder Offiziers
   d) über die mündliche Erklärung eine schriftliche Verhandlung aufgenommen und diese dem Testator vorgelesen, sowie
   e) von dem Auditeur oder Offizier und den Zeugen respective von den Auditeuren oder Offizieren unterschrieben werden.

Hat man es im Falle 2 oder 3 mit einem Verwundeten oder Kranken als Testator zu thuen, so treten ähnlich wie im Code Napoléon hier Erleichterungen insofern ein, als an Stelle der zu Zeugen berufenen Auditeure oder Offiziere „ein" Militärarzt bezw. höherer Lazarethbeamter oder Militärgeistlicher treten kann (§ 44,2 letzter Absatz).

17) a. a. O. S. 533.

Ebenso wie die älteren Gesetze hat auch unser Reichsgesetz für die Zeugenschaft es als genügend erklärt, wenn Beweis- und nicht Instrumentszeugen vorhanden sind. Wir haben dies schon als Lehre des römischen Rechts kennen gelernt. *Mandry* nennt diese Bestimmung mit Recht eine „beweiserleichternde". Sogar in den Fällen, in welchen der § 44 ausdrücklich zwei Zeugen verlangt, hat der Gesetzgeber selbst eine Modification eintreten lassen und bestimmt: „es kann die Aussage eines derselben für vollständig beweisend angenommen werden"[18]). Ob von dieser Erleichterung Gebrauch gemacht werden soll, ist im einzelnen Fall, wie das „kann" uns belehrt, Sache des richterlichen Ermessens.

Die dritte Form der Testamentserrichtung erfordert eine förmliche mündliche Verhandlung mit schriftlicher Fixirung; ich möchte es kurzweg protokollarisches Testament nennen. Der Ausdruck Protokoll ist leider der preussischen Gesetzessprache fremd; ich würde es hier als allgemein und sofort verständlich halten, wenn § 44,2 c die „Aufnahme eines Protokolls" vorschriebe, statt weitschweifig zu sagen „über die mündliche Erklärung des Testators wird eine schriftliche Verhandlung aufgenommen". Von dem testamentum nuncupativum in scripturam redactum, auf welches *Mandry* verweist, ist meines Erachtens das besprochene dadurch unterschieden, dass Letzteres schriftlich gemacht werden muss, während das römische lediglich eine Niederschrift des mündlich nuncupirten Testaments war, also nur schriftlich gemacht werden konnte[19]).

Im Allgemeinen kann ich also diese Formen als durchaus neue bezeichnen. Die Schriftlichkeit ist in keinem Falle verlassen und damit der freie römische Standpunkt völlig aufgegeben.

VIII.

Mandry betont, was zum richtigen Verständnis obiger Bestimmungen wesentlich gehört: „Die Formen stehen elektiv

---

[18]) Diese Bestimmung versteht sich übrigens nach dem Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung der R.-Civil-Prozess-Ordnung § 259 von selbst und ist daher überflüssig, zumal sie an dem Erfordernis der Zwei-Zeugenschaft nichts ändert.

[19]) *Seuffert* prakt. Pandektenrecht § 525; *Arndts* § 485; *Windscheid* § 541, Anm. 4. *Dernburg* sagt III § 70,3.a: „das Testament bleibt ein mündliches."

neben einander und kann sich der Testator nach Belieben der einen oder anderen bedienen.“ Jedenfalls ist aber klar, dass sich der Testator einer der wählbaren Formen bedienen muss, wenn er rechtswirksam ein Soldatentestament errichten will[20]). Von den konstruirten Formen § 44,2 haben die beiden ersten den Charakter von Privat-Urkunden; die Solennitäts-Formen des Protokoll-Testaments verleihen — § 44,4 hat es für nötig befunden, dies ausdrücklich zum Gesetz zu erheben — der Verhandlung den Charakter einer öffentlichen Urkunde, so dass Inhalt und Zeitangabe bis zum Beweise der Fälschung unantastbar sind.

Bezüglich der Privaturkunden § 44,2 a und b hat das Datum nur insolange Beweiskraft, als nicht das Gegenteil bewiesen wird; die „Vermutung“, sagt hier das Gesetz, streitet für die Richtigkeit. Hier kann also durch Zeugen, Urkunden und andere Beweismittel das Datum entkräftet werden, während eine derartige Entkräftung bei dem Protokoll-Testament nicht möglich ist, wenn anders nicht strikte die Fälschung dargethan wird.

In Ziffer 4 Abs. 3 hat der Gesetzgeber die praesumtio iuris aufgestellt, „dass bei dem Zu(sammen)treffen gewisser Thatsachen die Errichtung der letzwilligen Verfügung (als) während des Ausnahmezustandes (geschehen) (lit. b) als erwiesen gilt.“ *Mandry* lässt die von mir eingeklammerten Worte weg und ist so etwas schwer verständlich! Conditio sine qua non ist aber hier, dass das Soldatentestament „a) während dieser Zeit oder innerhalb vierzehn Tagen nach deren Aufhören einer vorgesetzten Militärbehörde zur Aufbewahrung übergeben ist b) oder in dem Feldnachlass des Testators aufgefunden wird.“ Im Falle a) haben wir es mit einem deponirten Testament zu thuen und ist hier die Deponirungsart ganz gleich mit der durch das preussische Landrecht[21]) „beim Feldnachlass“ besprochenen. Die zweite Art (b) dagegen, welche vom „Feldnachlass“ spricht, ist grundverschieden von jener preussischen, indem hier unter Feldnachlass das verstanden werden muss, was *Bornemann*[22]) irriger Weise in das pr. Landrecht hineintragen wollte, einzig und allein die Hinterlassenschaft des Gefallenen (Tornister, Brod-

---

20) Ueber Willenserklärung überhaupt vgl. *Arndts* Pandekten § 64 und 115; *Hölder* § 41, besonders Anmerkung 2; *Dernburg* I § 91 ff. 96; *Windscheid* § 72.

21) Vgl. oben § 17.

22) Vgl. S. 39 oben.

sack, Gepäck etc.), nicht aber die Kriegskasse. Das Gesetz drückt sich haarscharf aus, indem es den „Feldnachlass des Testators“ als Aufbewahrungsort bezeichnet. Möglich wäre ja, dass der Testator gewisse Stücke z. B. Uniform bei der grossen Bagage hat, wie der Offizier sein grosses Gepäck sicher nicht immer mit sich führen wird, sondern etwa vom Bataillonstrain nachfahren lässt; in diesem Falle stehe ich nicht an, ein dort gefundenes Testament als aus dem Feldnachlass des Testators stammend anzuerkennen.

IX.

Das Soldatentestament verliert seine Giltigkeit mit dem Ablauf eines Jahres von dem Tage ab, an welchem

a) der Truppenteil, zu welchem der Testator gehört, demobil gemacht ist, oder
b) der Testator aufgehört hat, zu dem mobilen Truppenteil zu zählen, oder
c) als Kriegsgefangener oder Geisel aus der Gewalt des Feindes entlassen ist.

Diese Bestimmung, welche für normale Verhältnisse gilt, hat der Gesetzgeber hinwieder selbst modificirt, indem er unter gewissen unabänderlichen Umständen in der Person des Testators von einer für die Giltigkeitsdauer des Testamentes gesteckten Frist völlig absieht. ihm also für solche Fälle erstreckliche Frist gibt. Die einjährige Frist und die nach ihr eintretende Ungiltigkeit wird nämlich suspendirt,

a) wenn der Testator rechtlich oder faktisch „anhaltend“ unfähig wird zur Errichtung eines anderen Testaments, oder
b) wenn er für verschollen erklärt wird.

Ersteren Falls wird man es meist mit einem Testator zu thuen haben, dessen anhaltende Unfähigkeit in dem Nachlass geistiger oder körperlicher Kräfte begründet ist, so dass hier zumeist ein ärztlicher Spruch massgebend sein wird.

Hat man es mit einem Verschollenen zu thuen, so ist dessen Verschollensein nach Massgabe der §§ 824– 836 der Reichs-Civil-Prozessordnung und der hiezu ergangenen Ausführungsbestimmungen[23]) vom Richter durch Urteil auszusprechen.

[23]) Preussisches Ausführungsgesetz vom 24. März 1879 § 22, 24—27; bayer. Ausf.-G. vom 23. Febr. 1875 Art. 71—74 und 103—122.

In dem Urteil ist der Todestag anzugeben", bestimmt Art. 118 des bayer. Ausf.-G.; das gibt uns meines Erachtens die Handhabe, wonach wir uns mit der Todesvermutung für eine Lebenspräsumtion entscheiden müssen[24]). Ein solches Urteil kann gar nichts anderes aussagen, als: derjenige, welcher an einem bestimmten Tage z. B. heute als „gestorben" angenommen wird, muss bis zu diesem Tage, also noch gestern, als lebend vermutet werden. Der auf Grund eines auf Todeserklärung ergangenen Urteils nach § 56 f. des R.-G. über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung vom 6. Februar 1875 in das Sterberegister zu bethätigende Eintrag[25]) würde erst nach schriftlicher Mitteilung der zuständigen Behörde, des Urteil erlassenden Amtsgerichts, erfolgen. Auch aus diesem Registereintrag, welcher wie alle anderen Folien den „Tag des erfolgten Todes" fixierte, würde man n. m. A. schliessen müssen, dass der Verstorbene bis zu diesem Tage gelebt hat.

Die Landesgesetzlichen Bestimmungen bezüglich der Todeserklärung sind im wesentlichen analog aufgebaut und normiren die Voraussetzungen: das zuständige Gericht, Antragsberechtigung, Verfahren, Wirkungen und Verlassenschaftsbehandlung, und Rechtsverhältnisse bei nachträglicher Meldung Verschollener.

Stets aber wird im Auge zu halten sein, dass im Kriegsfalle jeweils noch eigene Gesetzesbestimmungen erlassen werden müssen, welche den Zeitverhältnissen angepasst sind. So wurden auch für die Kriegsjahre 1866 und 1870 Specialgesetze

[24]) Die Frage, ob eine Todeserklärung die Lebenspräsumtion in sich schliesse, hat eine Menge von Streitschriften hervorgerufen, welche für und wider sind, ja sogar teils sich selbst widersprachen, letzteres gilt auch von oberstrichterlichen Urteilen. Vergl. *Arndts* Pand. § 26. *Dernburg I.* § 51 ist Gegner der Lebenspräsumtion. *Windscheid* bejaht dieselbe § 53,2, indem er „das Argument, welches aus der successio ex nunc gezogen wird, nicht für widerlegt" hält; nach ihm sind auch *Bruns* und *Stobbe* Anhänger derselben. Entschiedener Gegner ist *Hölder* § 20.

[25]) Es ist eine Streitfrage, ob die Todeserklärung in das Sterberegister einzutragen ist, oder ob das die Todeserklärung wegen Verschollenheit aussprechende Urteil die Sterbeurkunde ersetzt? Das bayer. Ausf.-G. hat sich in Art. 119 in letzterem Sinne ausgesprochen, wohl aus praktischen Gründen und mit Rücksicht darauf, dass auch dieses Urteil nach Art. 118 eine „Vermutung" ausspricht und nach Art. 119 „Gegenbeweis" zulässt. Ich glaube, nicht inkonsequent zu sein, wenn ich diese praktische Lösung der Frage begrüsse, aber bei meiner Parteinahme für die Lebenspräsumtion beharre.

erlassen, wie das vom 27. Juli 1874 und 29. December 1873 bez. der in Folge des Krieges von 1866 und bezw. 1870/71 vermissten Personen.

§ 22. Gesetzesmängel?

Das neue bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich.

I.

Das Reichs-Militärgesetz spricht in § 44 Absatz 1 ausdrücklich aus, dass das einzige Vorrecht der Militärpersonen in Bezug auf Testamentserrichtungen in ihrer Befreiung von den regelmässigen Förmlichkeiten bestehen soll. Damit wurden also alle übrigen Privilegien der Soldaten in Bezug auf Testamente beseitigt.

Diese beseitigten materiellrechtlichen Sätze des gemeinen Testamenterbrechts hat *Mühlenbruch* in § 1477 in eingehender Weise behandelt und dort deren neun beweisend ausgeführt. *Windscheid* hat sich ihm in seinem III. Buch der Pandekten § 537 Note 4, § 549 Note 3, §§ 561, 565 und § 651 Note 2 im Wesentlichen angeschlossen. Ich verweise auf jene autoritativen Auslassungen und bemerke nur, dass ich gleich *Fitting* diesen Fragen nicht näher getreten bin, da sie sich im Zeitenlauf niemals geändert haben und für den historischen Auf- und Ausbau unseres Rechtsinstituts so viel wie keinen Baustein geliefert hätten.

Arndts[1]) bedauert lebhaft die Beseitigung jener neun materiellen Privilegien und sagt, es sei „ein arger Fehlgriff und entschiedener Rückschritt, da die meisten dieser Privilegien wahre Fortbildungen waren und verallgemeinert, nicht unterdrückt zu werden verdienen. Das neue Civilgesetzbuch wird wol diesen Uebelstand radikal beseitigen."

In diese Klage einzustimmen, hielte ich für ein eitles Beginnen. Oder sollte man wirklich wünschen, dass Sätze wie der: „Die lex Falcidia findet bei einem Soldatentestament keine Anwendung; Vermächtnisse müssen voll ausbezalt werden, soweit das Vermögen ausreicht" — „verallgemeinert" würden? Ich schätze die Falcidia als ein zu wichtiges Recht des beschwerten Erben und als eine so grosse Forderung der Billigkeit, dass

[1]) Pandektenlehrbuch von *Arndts* § 487 A. 1.

ich deren Beseitigung geradezu als Ungerechtigkeit gegen den Erben bezeichnen müsste.

Soweit man jetzt schon urteilen kann, wird auch das neue bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich[2]) den Wünschen *Arndts* nicht nachkommen, — offenbar da der Gesetzgeber dieselben für überflüssig hält. Was unser modernes Recht bezüglich des Soldatentestaments gewährt, ist dem modernen Verkehrsleben vollkommen genügend angepasst.

Als Element des Testamentsprincips habe ich auch die soldatische Unbedachtsamkeit genannt. Unerfahrenheit besteht bei den Soldaten bezüglich ihrer Rechte auch heute noch, aber damit muss gerechnet werden, dass die Sorge für den gemeinen Mann eine grössere geworden ist, dass man sich seiner in Fällen der Gefahr annehmen wird, dass im Mobilmachungsfalle Offiziere und Auditeure so frühzeitig die Soldaten über ihre Rechte nach § 44 des R.-M.-G. belehren werden, dass dieselben ihre Vermögensverhältnisse dann in Ruhe werden ordnen können, wenn sie nicht schon durch ordentliche Testamentserrichtungen Vorsorge getroffen haben. Eine wichtige Rolle zur Regelung dieser Frage wird der Umstand spielen, dass der Soldat von heute lesen und schreiben kann oder wenigstens lernen muss, während ehedem die meisten Soldaten Analphabeten waren!

II.

Einzelne geringfügige Ausstellungen bezüglich der Fassung des § 44 d. R.-M.-G. habe ich im vorhergehenden Paragraph gemacht. Zu dem von mir als Protokoll-Testament bezeichneten Fall bemerke ich, dass das neue bürgerliche Gesetzbuch bei der Codificirung der „Errichtung letztwilliger Verfügungen“ (§§ 1911—1913) in § 1939 die Bestimmung aufgenommen hat, dass über solche Errichtungen „ein Protokoll“ aufgenommen werden muss. Der oben S. 62 geäusserte Wunsch, diese treffende Bezeichnung wieder aufgenommen zu sehen, hat somit Aussicht auf Erfüllung.

Weiter muss ich darauf aufmerksam machen, dass das neue bürgerliche Gesetzbuch ein „Seetestament“[3]) wol kennt,

2) Die „Erste Lesung, amtliche Ausgabe“ ist 1888 erschienen.

3) Im Gegensatz zu dem nichtmilitärischen „Seetestament“ halte ich die Bezeichnung „Marinetestament“ als passend für die Testamente der Seesoldaten. Vgl. oben meine §§ 18. 19 und 21, VI.

dass es jedoch das Soldatentestament bzw. Militär- und Marinetestament nur in einer Anmerkung streift. Das „Seetestament“ des § 1929, welches für nichtmilitärische Seeschiffe gilt, interessirt uns nicht weiter. Die Note aber zu diesem § sagt: „Das Einführungsgesetz wird eine Bestimmung enthalten, welche die Vorschrift des § 44 des R.-M.-G. vom 2. Mai 1874 (R.-G.-Bl. S. 45) über das Militärtestament auf die Personen ausdehnt, welche auf einem in Dienst gestellten ausserhalb eines inländischen Hafens befindlichen Kriegsfahrzeuge sich aufhalten.“

Die Motive bemerken hiezu, dass eine „Ausdehnung“ des § 44 „soweit nötig“ vorgenommen werde.

Für nötig kann ich eine derartige Bestimmung auch im Einführungsgesetze zum neuen bürgerl. G. f. d. d. R. nicht halten und zwar berufe ich mich auf meine S. 57 gegebene Beweisführung dafür, dass aus § 4, 162 und 164 des R.-M. St.-G.-B. die Notwendigkeit der Anwendung des § 44 d. R.-M.-G. vom 2. Mai 1874 auch auf die Marinesoldaten folgt.

Für wünschenswert aber halte ich, dass zu § 44 eine authentische Interpretation gegeben wird, welche untrüglich ausspricht, dass das Soldatentestament auch den Marinesoldaten zukommt, wenn sie sich auf einem Schiff befinden, welches „ausserhalb der heimischen Gewässer allein fährt.“

Diese Formulirung wähle ich, weil § 164 des R.-M.-St.-G.-B. so sich ausspricht und es doch wünschenswert ist, dass die Sprache der Gesetze eine möglichst gleiche sei. Wozu also die Motive die Formulirung von einem „ausserhalb eines inländischen Hafens befindlichen Kriegsfahrzeuge“ hereintragen, vermag ich nicht einzusehen? Dadurch wird nur Misverständnis und Streit erzeugt.

Weiter hielt ich für wünschenswert[4]), wenn das Soldatentestament des § 44 nicht blos in einer Note, sondern im Text des n. bürgerl. Gesetzb. f. d. d. R. selbst stünde.

Demgemäss würde ich dem 1929 des bürgerlichen Gesetzbuchs folgende erweiterte Fassung wünschen:

---

[4]) Die Motive Bd. V S. 286 bemerken zwar zu § 1929, dass Vorschriften über das Militärtestament „entbehrlich waren“, da § 44 des R.-M.-G. aufrecht erhalten bleibt, — ich halte solche aber für wünschenswert.

§ 1929.

Soldatentestament. Bei den Bestimmungen des § 44 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874 hat es sein Bewenden.

Seetestament. Wer während einer Seereise an Bord eines deutschen, nicht zur kaiserlichen Marine gehörenden Schiffs ausserhalb eines inländischen Hafens sich befindet, kann eine letztwillige Verfügung nach Massgabe des § 1927 errichten.

Marinetestament. Die Bestimmungen des § 44 des Reichs-Militärgesetzes vom 2. Mai 1874 gelten in ihrem vollen Umfange auch für die Angehörigen der kaiserlichen Marine. Voraussetzung dafür ist der Kriegszustand eines Schiffes und ist ein solcher gemäss § 164 des R.-M.-St.-G.-B. vorhanden, wenn das Marinefahrzeug „ausserhalb der heimischen Gewässer allein fährt".

Einerseits würde also § 44 des R.-M.-G. eine Zusatzbestimmung bezüglich der „Marinetestamente" erhalten müssen; andererseits müsste das bürgerliche Gesetzbuch in seinem § 1929 um zwei Zusätze bereichert werden, welche sofort Klarheit darüber geben, dass es bei dem nichtmilitärischen „Seetestament" nicht bewendet, sondern dass neben und gleich ihm noch ein Soldaten- und ein Marinetestament gelten, welche beide wesentlich von ihm verschieden sind. Das „Seetestament" gilt z. B. nach § 1930 u 1926 des bürgerlichen Ges.-B. nur drei Monate nach seiner Errichtung, während das Marinetestament nach § 44, 5 R.-M.-G. ein Jahr gilt, gerechnet vom Tage der Demobilisirung!

Möglich wird noch sein, um auch dies zu erwähnen, dass nach § 39 Abs. III d. R.-M.-G. vom 2. Mai 1874 durch Landesgesetz, wie in Preussen vom 8. Juni 1860, die Auditeure berechtigt werden, gegebenen Falls — z. B. bei dauerndem Aufenthalt im Ausland — unter Zuziehung eines Militäraktuars oder zweier Zeugen ein Testament zu errichten, welches aber dann nicht den Charakter eines ausserordentlichen Testaments — Soldaten-, See- oder Marinetestaments — mit seiner kurzen Geltungszeit haben wird, sondern den eines ordentlichen von allseitiger Wirkung. § 1914 und 1915 des bürgerlichen

Gesetzbuchs sowie die Motive lassen ersehen, dass auch hier wie bei den ausserordentlichen Testamenten eine „Eigenschaft für die Zeugen“ nicht vorgeschrieben ist.

III.

Erwähnt sei noch, dass § 44 des R.-M.-G. in seinen wesentlichen Bestimmungen den technischen Ausdruck „mobil“ bzw. Mobilmachung vermeidet mit Ausnahme Ziffer 5 § 44, wie ich ihn z. B. oben § 21 S. 50 unter I. angewandt habe; wol aus dem einfachen Grund, weil § 44 auch beim „Belagerungszustand“ zur Anwendung kommen kann. Die Bezeichnung „mobil“ geht in der Gesetzessprache immer auf den Kriegszustand, wie z. B. die Reichs-Civilprozessordnung beweist: §§ 184 Zustellung an Personen „bei einem mobilen Truppenteile“; 785 Z. 2 Beugehaft ist unstatthaft gegen Militärpersonen bei einem mobilen Truppenteile“; 786 Unterbrechung dieser Haft bei Einberufungen zu solchem; 749 Z. 6 Plünderungsverbot des Diensteinkommens der „zu einem mobilen Truppenteil“ gehörigen Militärpersonen.

Daraus, dass dieser Type „mobiler Truppenteil“ in den sämtlichen citirten Paragraphen die Type „militärische Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges“ mit „oder“ gleich gestellt wird, darf nicht geschlossen werden, dass man es hier jeweils auch mit einem „mobilen Kriegsfahrzeug“ zu thun hat. Was dieses sei, dafür gilt lediglich die oben S. 57 schon besprochene Definition, wie sie § 164 des M.-St.-G.-B. zwingend ergibt [5]).

Als inconsequent aber möchte ich es bezeichnen, wenn § 44 gegen Schluss in Ziffer 5 plötzlich die Ausdrücke „demobil“ bzw. „mobiler Truppenteil“ hereinträgt. Denn ein Truppenteil ist bei einem „Belagerungszustand“ niemals „mobil“ im strengen Sinn, kann also nicht „demobil“ gemacht werden. Diese Ziffer 5 bezieht sich demgemäss eigentlich nur auf die Befugnis zur Errichtung des Soldatentestaments „in Kriegszeiten“. Dass der Gesetzgeber den Belagerungszustand aber nicht ausschliessen wollte bei Verleihung der einjährigen Giltigkeit des unter

---

[5]) „In Dienst gestellt“ ist ein Kriegsfahrzeug schon dann, wenn es im heimischen Hafen sich zur Seereise rüstet und solange es diesen noch nicht verlassen hat; „mobil“ ist es erst, wenn es „ausserhalb der heimischen Gewässer allein fährt“.

ihm errichteten Soldatentestaments ist klar, und hat man hier, wenn auch die Worte des Gesetzgebers nicht ganz richtig gewählt sind, seinem Willen gemäss zu interpretiren.

IV.

Aus den wenigen vorausgehenden Bemerkungen zu unserer neuesten deutschen Normirung des Soldatentestaments ergibt sich im Vergleich mit den früher besprochenen Codificationen, insbesondere dem Code Napoléon, dass wir es hier mit einem im Ganzen gelungen redigirten Gesetzes-Paragraphen zu thun haben, der bisher nur die wissenschaftliche Interpretation vermissen liess.

Mögen meine Auslassungen als ein Versuch aufgefasst werden, der — selbst wenn er Unrichtiges enthalten sollte — zu weiteren Erklärungen und damit zum Ausbau dieses wichtigen Gesetzes Anstoss geben will.

6. Kapitel.

§ 23. Internationaler Ausblick.

Frankreich und Italien wurden an gebührender Stelle gewürdigt, und erübrigt mir noch, in kurzen Strichen zu skizziren, wie sich ausserhalb Deutschlands das Soldaten-Testament in Anlehnung an das römische, von den drei genannten Reichen recipirte Recht teils enger teils freier entwickelte, teils unter Ignorirung seiner Wichtigkeit erstickt wurde und verschwunden ist.

A. Europa:

Oesterreich.

I.

Das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811 enthält in seinem § 600 die lakonische Bestimmung: „Die Begünstigungen der Militärtestamente sind in den Militärgesetzen enthalten.“

Der Kommentator Dr. Ludwig Ritter *von Kirchstetter* [1]) weist an der Hand eines Hofkriegsräthe-Circulars vom 1. Juni 1831 (Mil.-G.-S. S. 64 § 3) darauf hin, dass der Soldat „in procinctu“ das Testamentsprivileg habe; „während des Feldzugs“ müsse das Testament errichtet werden. Ganz eigenartig ist die Definition von in procinctu, für welches Verhältnis der „Gehalt“ massgebend ist. Erhält der Soldat Kriegsgebühr, so ist er in procinctu; bei „Friedensgebühr“ hat er demgemäss auch kein Testamentsprivileg!

[1]) 3. Auflage herausgegeben von Dr. Ferd. Maitisch, Wien 1876.

II.

Nicht ganz im Einklang mit dem eben Ausgesprochenen stehen die Ausführungen der Kommentatoren *Pfaff* und *Hofmann*[2]), welche unter Hervorhebung des Umstandes, dass „das österreichische Recht nur formelle Begünstigungen" kennt, deren zwei Grade unterscheiden. Diese „Steigerungen der Begünstigungen" seien „ersten Grades dem Stande eigen" und treten „zweiten Grades während des Feldzuges" ein.

A. Die Begünstigung ersten Grades besteht nach ihnen 1) in der Herabminderung der Zahl der bei allographen und mündlichen Testamenten nötigen Zeugen auf zwei, die zugleich gegenwärtig sein müssen, und hinsichtlich deren 2) das im § 597 Gesagte gilt, wonach „auch Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenspersonen und Jünglinge, welche das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, giltige Zeugen" sind.

Diese Begünstigung kommt zu

a) „jeder aktiv dienenden oder in der Versorgung eines Invalidenhauses stehenden Person des Soldatenstandes" und

b) „auch jenen Militärpersonen, welche nicht zum Soldatenstande gehören, wenn sie während des Feldzuges bei der Armee, oder auch im Frieden auf einem Kriegsschiffe in dienstlicher Verwendung stehen."

B. Die Begünstigung zweiten Grades kommt denselben Personen — auch den unter b Genannten — zu Statten, wie die eben besprochene.

Sie greift „nur während eines Feldzuges" Platz und besteht darin, dass die Zeugen nicht gleichzeitig anwesend zu sein brauchen, „wenn es nur sonst dem letzten Willen nicht an rechtlicher Gewissheit fehlt".

Für die „im Frieden auf einem Kriegsschiffe" verwendeten Personen soll nur die Begünstigung ersten Grades gelten. Auch für das österr. Recht ist der Begriff „Feldzug" nicht zu eng zu nehmen, namentlich auch auf den Dienst in einer belagerten Festung anzuwenden.

2) Dr. *Leopold Pfaff* und Dr. *Franz Hofmann*, Kommentar zum österr. allg. bürgerlichen Gesetzbuch II. Band, 2. Abteilung. Wien 1880.

C. In beiden Fällen A. und B. erlischt die Giltigkeit des Testaments:

1) bei den Personen der Klasse b (Absatz A) „sechs Monate nach kundgemachtem Frieden oder ihrer Ausschiffung, und ebenso nach sechs Monaten, wenn sie während des Kriegs für ihre Person in friedliche Verhältnisse getreten sind“,
2) ohne Unterschied der Person: a) sechs Monate nach dem Austritte aus der aktiven Dienstleistung“, b) bei strafweiser Entlassung unmittelbar nach Kundmachung derselben.

D. Als „gegenwärtig massgebendes“ Militär-Gesetz bezeichnen die Kommentatoren das „Dienst-Reglement“ für das k. k. Heer[3]).

Ungarn.

Das ungarische Erbrecht mit Dr. *Kern*[4]) als ein „eine hohe Stufe der Entwicklung erreichendes System“ zu bezeichnen, ist um so berechtigter, als sich dasselbe grösstenteils dem römischen Recht anschloss. Auch die neueste Codification der letzten Jahre behauptet diesen Standpunkt; es sei aus dem für unsere Frage wichtigen aber weniger gelungenen Kapitel 2 „V. Die begünstigten Testamente“ § 152—159 hervorgehoben:

§ 154: „In Kriegszeiten können Militärpersonen, welche zu einer in Kriegsbereitschaft gestellten Truppenabteilung gehören von der Zeit der Kriegsbereitschaft an; — ferner alle (!) Personen, die sich auf dem Schlachtfelde oder in einem belagerten Platze oder in einer Entfernung von nicht mehr als acht Kilometer von diesen Orten (!) befinden — ein begünstigtes Testament errichten.“

Mit der von mir in Trennungsstriche eingeschalteten Bestimmung scheint Ungarn allerdings ein überflüssiges Experiment gemacht zu haben. Wozu soll einem beliebigen, dem Heere weder dienst- noch vertragsmässig folgenden Individuum — ich

---

[3]) Vom 9. August 1873, Abschnitt XIV § 101 S. 327 unter Randziffer 719 Al. 1 u. 4, S. 328 Z. 719 Al. 6, 2, 3. u. 5.

[4]) *Teleszky*, Stefan Dr., Staatssekretär, Entwurf des ungarischen Erbrechts (übersetzt und eingeleitet von Dr. Theodor Kern, Advokat) Budapest 1887.

rekurrire auf das deutsche Reichs-Militär-Gesetz die Begünstigung des Soldatentestaments bei Annäherung an die Truppe auf acht Kilometer gewährt werden? Wie soll diese Distance jeweils berechnet werden? Diese Bestimmung schiesst entschieden weit über das Ziel hinaus.

Abgesehen von dieser Ausstellung ist auch die erste Norm zu weit, und würde Ungarn in meiner Entwicklungstafel den höchsten Ast hoch überragen.

Einen Unterschied zwischen Marine- und Seetestament kennt Ungarn nicht. § 153 sagt kurz:

„Wer sich auf einem Schiffe auf hoher See befindet, kann ebenfalls ein begünstigtes Testament errichten."

Voraussetzung des „begünstigten" Testamentes sind entweder eigenhändiges Schreiben und Unterschreiben ohne Zeugen, oder zwei Zeugen zu mündlicher Erklärung. § 155. Unitas actus wird nicht gefordert. Die Zeugen brauchen nicht gleichzeitig anwesend zu sein.

Auch dieser Standpunkt ist freier, als jener der bisher vorgeführten Gesetze.

Nach § 156 behält ein solches Testament nur dann Giltigkeit „wenn der Erblasser nach Ablauf von drei Monaten von der Zeit an gerechnet stirbt, wo der Grund des begünstigten Testaments weggefallen ist."

Andernfalls kann die Giltigkeit ausgedehnt werden, wenn der Erblasser erwiesener Massen unfähig war, ein neues Testament zu errichten, oder wenn derselbe auf Grund der im Ausnahmezustand erlittenen Todesgefahr „für tot erklärt wird."

Montenegro.

Das für uns Moderne so interessante bürgerliche Gesetzbuch für Montenegro vom $\frac{25.\ \text{März}}{1.\ \text{Juli}}$ 1888, welches nach des Fürsten *Nikolaus*[5]) Promulgationspatent „den Ergebnissen der Wissenschaft und den gesetzgeberischen Absichten in anderen civilisirten Ländern Rechnung tragen" und „mit den guten Gewohnhei-

---

[5]) *Dickel*, Dr. Karl, Ueber das neue bürgerl. Gesetzbuch für Montenegro und die Bedeutung seiner Grundsätze für die Kodifikation im allgemeinen, mit Bemerkungen über den neuen Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Marburg 1889. S. 24 ff. S. 31, 32.

ten und Bedürfnissen unseres treuen Montenegros“ in Einklang stehen sollte, enthält nur Vermögensrecht.

Dickel erklärt dies für auffallend, da wir doch gewohnt seien, „unter bürgerlichem Recht Vermögensrecht und Familienrecht mit Einschluss des Erbrechts zu verstehen“. Gerade die Ausschliessung des Erbrechts aber hält *Dickel* für Montenegro als „— vom geschichtlichen Standpunkt aus zweifellos — mit Recht“ geschehen.

Montenegro hatte für diese Frage „keinen Beruf zur Gesetzgebung.“

„Das praktische Bedürfnis der montenegrinischen Bevölkerung“, welches Fürst Nikolaus in seinem Promulgationspatent wiederholt hervorhebt, wird wol in nicht allzuferner Zeit dazu drängen, dass wenigstens einzelne Materien des Erbrechts in besondere Statuten normirt werden, und dann wird „das freie Heldengeschlecht der ritterlichen Montenegriner“ [6]) auch seinen Soldaten die Vorrechte geben, welche ihnen gebühren.

Griechenland.

I.

Die griechischen Rechtsinstitute sind, das ergibt sich aus der Natur der Sache, nichts anderes, als ein Abbild der römischen. So haben sich im griechischen Erbrecht auch neben der regelmässigen Form der Testamente nach dem justinianischen Muster Ausnahmeformen [7]) gebildet, unter ihnen das testamentum militis. Wenn auch *Lingenthal* konstatiren muss, dass in den drei kaiserlichen Rechtscompendien: Ecloga, Prochiron und Epanagoge von Letzterem nirgends die Rede ist „wol darum, weil sie überhaupt nur das allgemeine Recht in seinen Hauptgrundzügen darzustellen bestimmt waren [8]), hebt er dessen Erwähnung in den

---

[6]) Ibid. S. 112.

[7]) *Lingenthal*, Dr. Karl Eduard Zachariae von, (Innere) Geschichte des Griechisch-Römischen (Privat-) Rechts, Leipzig 1858—1864, Selbstverlag. II. Erbrecht § 35 S. 115 ff. Die Quellenangabe Band III S. XIV belehrt uns, dass Ecloga ein kleines Gesetzbuch (von den Isaurischen Kaisern Leo und Constantinus) vom J. 740, Prochiron ein Gleiches von 870 und Epanagoge der Entwurf eines solchen aus jener Zeit ist.

[8]) Ibid. Anmerkung 378.

Basiliken lib. XXXV tit. 21 und bei dem Dichter-Juristen *Psellus* und *Harmenopulus* in dessen ἑξάβιβλος von 1345 hervor.

Die Ecloga, berichtet *Lingenthal*, habe die l. 44 D. de test. mil. „si in hostico loco deprehendantur, ut illic decedant" modificirt: „Es soll demnach ὁ ἐν πολέμῳ πληγεὶς d. h. der im Kriege Verwundete (der nicht Soldat ist Ecl. V. 8), und ὁ ἐν ὁδῷ περιπατῶν, d. h. der auf Reisen Befindliche selbst vor drei oder zwei[9]) glaubwürdigen Zeugen testiren können, sobald er sein Ende herannahen fühlt".

Nach *Lingenthal* ist dann diese Bestimmung in das Prochiron XXI, 16 und daraus in die Basiliken XXXV, 3, 13 übergegangen, und findet sich in den meisten Rechtsbüchern, so noch in Harmenopulus V, 1, 36.

Erwähnt sei, dass das byzantinische Recht — wie *Lingenthal* III S. 271 darlegt — eine ganz eigene von dem peculium castrense grundverschiedene Art der „Soldatengüter" ähnlich „mit den feuda" kennt: Ländereien, στρατιωτικὰ κτήματα, welche unveräusserlich und in der Familie vererblich waren.

II.

Das Neueste Recht hat nach *Lingenthal*[10]) folgende Gestaltung:

1. Nach dem Moldauischen Gesetzbuch[11]) § 755. 726 genügen für Testamente auf Schiffen oder zur Zeit ansteckender Krankheiten zwei Zeugen.

„Es erscheint hier das Testament des ἐν ὁδῷ περιπατῶν in modificirter Gestalt".[12])

Das Soldatentestament ist verschwunden.

2. Das Walachische Gesetzbuch verlangt Selbstschrift oder drei Zeugen; privilegirte Formen kennt es nicht.

3. Das Gesetz vom 11. Februar 1830 für das Königreich Griechenland kennt „besondere Testamentsformen für Soldaten, für Pestzeiten und bei Seereisen."

---

9) Dies erinnert an meine Anm. 2 zu § 8 oben.

10) Teil II S. 123 ff.

11) Jassi 1816. Κῶδιξ πολιτικὸς τοῦ πριγκιπάτου τῆς Μολδαβίας. *Lingenthal*, Teil I. S. XV.

12) *Lingenthal*, Teil II, Anm. 411.

Lingenthal lässt sich a. a. O. S. 156 zu dem interessanten Ausspruch fortreissen: „Auch im gegenwärtigen Augenblick noch würde die für die Redaction eines Civilgesetzbuches in Griechenland niedergesetzte Commission, anstatt den Code Napoléon zur Grundlage ihrer Arbeit zu machen, weit besser thun, das Moldauische Gesetzbuch zum Muster zu nehmen". Nachdem heute in der Hauptsache gemeines Recht gilt, verweise ich auf meinen § 20 oben.

Russland.

In *Engelmann's* Staatsrecht des Kaisertums Russland[13]) findet sich in Abschnitt VII unter den Aufgaben der Verwaltung XII, § 129 das Kriegs- und Marinewesen.

Bei Aufzälung der „Rechte und Beschränkungen des Militärs" S. 193 werden die Ehe-, Gewerbe-, Steuer- und Pensionsverhältnisse besprochen; aus dem Schweigen über das Erbrecht sollte man schliessen, dass das russische Militär darin keine exceptionelle Stellung geniesst. Doch kennt Russland neben der gesetzlichen Erbfolge auch letzte Willenserklärungen „duchównoje sawjestschánije"[14]) und hat dabei ausdrücklich privilegirte Testamente vorgesehen:

a) bei Militärpersonen, wenn die Armee die Grenze überschritten hat. Sie sind bei den Regiments- und sonstigen Kriegskanzleien zu errichten."

b) bei Personen, welche sich auf Kriegs- oder sonstigen Kronschiffen befinden. Sie sind dem Schiffsführer auszuhändigen.

Solche Testamente sind vom Testator und Empfänger — bei der Uebergabe sind zwei Zeugen zuzuziehen — zu unterzeichnen.

Wichtig ist endlich die Bestimmung, wonach

c) „Kranke und Verwundete in öffentlichen Hospitälern, sowie Insassen der grossen Versorghäuser das Testament

[13]) In *Marquardsen's*, Dr. Heinrich in Erlangen, „Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart in Monographieen" IV. Band, 2. Halbband 1. Abteiluug, Freiburg 1889.

[14]) *Leuthold*, Dr. C. E Russische Rechtskunde, Leipzig 1889. § 12 insbes. S. 90 ff.

giltig von Lazarethvorstehern, Aerzten, Geistlichen und barmherzigen Schwestern niederschreiben lassen können. Allenthalben genügt ungestempeltes Papier.“

Die Prüfung aller Testamente ist dann innerhalb Jahresfrist Sache des Gerichts.

Man muss den russischen Standpunkt als einen entschieden guten bezeichnen, der alle Vorbedingungen zu einer vollendeten Ausbildung besitzt.

Polen.

Für das Königreich Polen hebt *Engelmann* [15]) hervor, dass daselbst geltendes Privatrecht der Code Napoléon ist, wodurch die Gerichtsorganisation vom 19. Februar 1875 teilweise beeinflusst worden sei. Demgemäss gilt für Polen das früher bezüglich Frankreich für das Soldatentestament Gesagte.

Livland, Esthland und Kurland

haben sich ganz emancipirt und volle Formlosigkeit für „die Testamente, welche von Soldaten im Felde errichtet werden“ eingeführt. Gleiches Privileg geniesst übrigens jeder Testator „zur Zeit allgemeiner Not und Gefahr.“ [16])

Finnland.

Im Grossfürstentum Finnland scheint es bez. des Testamentsprivilegs — wenn auch die Militärgerichte in Kriegszeiten sich nur mit Strafgerichtsbarkeit „Verbrechen“ befassen [17]) — wie in Russland zu stehen. Leider ist auch bei *Leuthold* ein sicherer Aufschluss darüber nicht zu finden.

---

15) Vgl. Note 1 und lib. cit. § 141 S. 223. — Auch aus *Leuthold* a. a. O. S. 105 „für die Testamentserrichtung ist der Code massgebend“ ist das Gleiche zu schliessen.

16) *Leuthold*, ibid. S. 111.

17) *Mechelin*, Das Staatsrecht des Grossfürstentums Finnland (in Marquard's Handbuch etc.).

Schweden und Norwegen.

Aschehoug[18]) hat nirgends bei Besprechung der Militärorganisation dieser Länder Veranlassung genommen, eines militärischen Testamentsprivilegs zu gedenken, und muss ich die Frage nach dem Bestehen eines solchen offen lassen.

Gleiches gilt von

Dänemark[19])

das wie Finnland für die Kriegsmacht nur „eine besondere Strafgesetzgebung — Gesetz vom 7. Mai 1881 — und eine besondere Militär-Jurisdiktion“ kennt, welch letzterer auch „die Landtruppen ausserhalb Kopenhagens für die rein bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ unterstehen.

England.

I.

Bekanntlich ist in England die Codificirung des Rechts noch immer eine mangelhafte, und wird das Recht im wahren Sinne „geschöpft“ aus den Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe.

Falck weist in seiner Vorrede zu *Blackstone*'s[20]) erstem Band Seite XXIII darauf hin, dass „zum Range eines gemeinen subsidiarischen Rechts weder die justinianische noch die kanonische Rechtssammlung gelangt ist, und nur in einigen Gerichtshöfen — courts of civil law —, nur in den Geistlichen- und Universitätsgerichten, sowie in denjenigen Gerichtshöfen, die über Seesachen und in Streitigkeiten des Militärs entscheiden, das römische Recht in Gebrauch gekommen und in Uebung geblieben ist, während dessen Anwendung in allen anderen Gerichtshöfen nicht ist gestattet worden.“

Dem schliesst sich *Blackstone*'s Mitteilung im I. Buch 13. Cap. „vom Kriegszustande und der Marine“ an, — wenn er uns

[18]) In *Marquard*'s Handbuch etc. IV, II. 2. Abt. „Das Staatsrecht der vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen.“

[19]) Ibid. 3. Abt. „Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark“ von *Gros* und *Hansen*. V. Kapitel, die Kriegsmacht. § 77 S. 121.

[20]) *W. Blakcstone*'s Handbuch des Englischen Rechts, im Auszug und mit Hinzufügung der neueren Gesetze und Entscheidungen, von *John Gifford* Esq. Schleswig 1822. — *Falck* stützt sich hier auf „*Diemer* commentatio de usu et auctoritate iuris romani in Anglia. Particula prima Lipsiae 1817. 4.

auch die Quellenbezeichnung schuldig bleibt, — dass die Landwehr bzw. „Soldaten im wirklichen Dienste mündlich einen letzten Willen errichten, und über ihr Vermögen, ihren Sold und andere bewegliche Sachen verfügen können, ohne die Formen, Feierlichkeiten und den Aufwand, welche das Gesetz in anderen Fällen fordert."

Bezüglich der Seeleute berichtet *Blackstone*, dass sie „fast gleiche Vorrechte mit den Landsoldaten in Absicht auf Unterstützung . . . haben", und dass dasselbe auch gilt

„von der Befugnis, mündliche Testamente zu errichten."

Somit stand England völlig auf römischem Boden!

Nach *Blackstone* 23. Cap. Seite 489 ff. ist auch hier der letzte Wille in einem „testament" niederzulegen. Eine mangelnde Fähigkeit zur Testamentserrichtung kennt das englische Recht wie das römische, und ist es von besonderem Interesse für uns, wenn *Blackstone* unter Anderem darüber sagt:

„Von denen, welche wegen Mangel an Freiheit oder freiem Willen nicht testiren können, gibt es nach dem Civilrecht mehrere Arten z. B. Verhaftete, Kriegsgefangene und dergleichen. Das englische Gesetz nimmt ihnen jedoch nicht schlechterdings das Recht zu testiren, sondern überlässt es nur dem Ermessen des Gerichts, nach den besonderen Umständen der Beschränkung ihrer Freiheit zu beurteilen, ob sich liber animus testandi annehmen lasse oder nicht."

Die mündliche Errichtung war übrigens unter Garantien gestellt und hatte sie „das Gesetz wegen Betrugs manchen Beschränkungen unterworfen, ausgenommen, wenn sie von Seesoldaten auf der See oder von Landsoldaten im wirklichen Dienst errichtet werden." So *Blackstone* S. 494; weiter lehrt er: „Der Wille muss in Gegenwart dreier Zeugen zu Hause, oder unter Angehörigen und Freunden geäussert werden", und soll das Testament dann schriftlich fixiert werden, jedoch nicht später als innerhalb sechs Monaten, „wenn es nicht etwa in den ersten sechs Tagen schriftlich aufgezeichnet worden ist."

II.

England hat aber diese Vorschriften aufgegeben und dürfte hiefür die Erklärung[21]) „darin zu finden sein, dass dort

[21]) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, V. Band, Erbrecht, Amtliche Ausgabe 1888 zu § 1929.

eine einfache, leicht zu erfüllende Form des ordentlichen Testaments gewährt ist: eigenhändige Niederschrift mit Zuziehung zweier Zeugen.“

Gleiches gilt von Nord-Amerika, wo die meisten Staaten England's Vorbild folgten.

Schweiz.

I.

Die Konstatirung *Huber*'s[22]), dass verschiedene Kantone den französischen Code civil selbst oder eine Nachahmung desselben besitzen — so Genf und der Berner Jura, Waadt, Freiburg, Tessin, Neuenburg und Wallis — sei, als zum Verständnis des Nachfolgenden erforderlich, vorausgeschickt.

Unter den Testamentsformen für ausserordentliche Fälle führt dann Huber in Band II § 56, 6 β Seite 199 das „Militärtestament“ auf und verweist als hiefür massgebend auf Art. 981 bis 984 des Code civil français. Ich kann auf meine ausführliche Besprechung des Code N. in § 18 oben Bezug nehmen.

II.

Enger begrenzt ist Art. 726 des Code civil von Neuenburg, welcher das Privileg lediglich den militaires ou personnes employées dans l'armée verleiht, „si . . . se trouvent malades ou blesseés“.

III.

Näher dem französischen Recht steht wieder der Code civil von Wallis Art. 641, 642, 644 und 645. Hervorgehoben sei nur, dass der letztere Artikel die sechsmonatliche Geltungsdauer des C. N. art. 984 auf dreissig Tage abgekürzt hat: „.. sera nul trente jours après que . . .“

IV.

Aehnliche Regeln stellt auch der C. C. Art. 456 für Tessin auf und hält an der Zweizeugenschaft fest „alla presenza di due testimoni.“

---

[22]) System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts. Basel (Detloff) 1886. Band I. S. 52 ff.

V.

Huber ergänzt noch, dass auch der Entwurf eines eidgenössischen Militärstrafgesetzbuches von 1881 in Art. 139 und 140 ein Militärtestament vorsieht. Die geplante Fassung „während des Dienstes“ ist zu weit! Zweizeugenschaft ist für das mündliche Testament vorgesehen; das schriftliche muss baldigst bei einem Justiz- bzw. Militär-Archiv hinterlegt werden.

Spanien.

I.

Das spanische Recht beruht, wie *Brauchitsch*[23]) mitteilt, „nur auf dem alten germanischen und römischen Rechte und enthält sehr wenige eigentümliche spanische Elemente.“

Das Fuero Juzgo bestimmt in seinem II. Buch, dass Testamente, „um volle Rechtskraft zu erlangen, binnen 6 Monaten nach dem Tode des Testators dem Pfarrer des Ortes oder einem Richter übergeben und mit ihrer Bewilligung geöffnet werden mussten, die auch die Zeugen bestätigen konnten, im Falle, dass etwa Zweifel über die Rechtmässigkeit der Unterschriften erhoben wurden.“

Das III. Buch enthält dann Bestimmungen über die Erbfolge und notwendigen Erbschaften, welche dem römischen Recht ähneln.

Das römische peculium castrense[24]) tritt hier klar zu Tage und ist es nicht unwahrscheinlich, dass der Soldat auch das Testamentsprivileg hatte.

---

[23]) Geschichte des Spanischen Rechts, Berlin 1852. Vorrede S. III., dann S. 30, 35, 51. Eine neuere Quelle stand mir nicht zu Gebot.

[24]) „Die Söhne konnten schon, so lange sie noch unter väterlicher Gewalt standen, über das, was sie vom Fürsten oder einem anderen Patron erhalten hatten, frei verfügen.“

Unter Alfons II. 873 wurde das Fuero Juzgo neuerdings umgeändert. „Die Verteilung der Beute und die Belohnungen der Soldaten“ wurden als ganz neu eingefügt. Die empfangenen Wunden sollten dem Soldat entschädigt werden und erhielten nach ihrer Gefährlichkeit feste Preise — aucha. Für den Tod eines Reiters erhielt die Familie eine Entschädigung von 150 Maravedis. Diesen Entgeltern reihten sich Belohnungen an, so 1000 Mar. etc. etc. demjenigen, der zuerst in eine eroberte Stadt eindrang. Wichtig ist die Bestimmung, dass „im Falle seines Todes dessen Verwandte Alles bekamen.“

II.

Der Entwurf eines Codigo Civil vom 5. Mai 1851 handelt in seinem III. Buch 1.—3. Titel von der Erbschaft durch oder ohne Testament.

Leider ist aus *Brauchitsch* nicht zu ersehen, ob diese Materie sich dem früher gewahrten römischen Standpunkt anschloss.

B. Afrika.

„Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass, wie überall auf primitiven Stufen, so auch in Afrika die Erbfolge ursprünglich zusammenfällt mit dem Uebergange der Würde des Familienoberhauptes von einer Person auf die andere.“ Trotz dieses Paternitätsprincips weiss uns *Post*[25]) von „letztwilligen Verfügungen“ zu berichten, welche also jenes durchbrechen[26]).

Das Testamentsinstitut ist nur in den Urkeimen vorhanden und eine Entwicklung in unserem Sinne vor Jahrhunderten nicht zu erwarten, es müsste denn sein, dass die Kolonisation, wie sie speciell von Deutschland betrieben wird, auch nach dieser Richtung deutsche Institutionen früher zur Einführung brächte.

C. Asien.

Indien.

Die ältesten Gesetzbücher Indiens: Apastamba, Baudhâyama, Gautama, Vasistha, Visnu und Nârada enthalten ein reichzergliedertes Erbrecht. Die Möglichkeit einer testatio mentis ist ihnen sehr wol bekannt, wenn dieselbe auch auf andere

---

[25]) Afrikanische Jurisprudenz, Oldenburg u. Leipzig 1887.

[26]) Das Testament aber ist den Beni Ameru und Bogos unbekannt; völlige Testirfreiheit existirt in Sarae für den Vater; in Augola steht dem Onkel die Enterbung seines Neffen zu; bei den Barea hat der Sterbende das Recht, gegen die Ansprüche der rechtmässigen Erben, der Schwestersöhne, zu Gunsten der eigenen Kinder oder anderer Freunde zu testiren; die Exekution versichert er alsdann durch gewichtige Zeugen. Bei den Hottentotten kann der Erblasser testiren, so lange er gesund ist; bisweilen wird „körperliche Rüstigkeit“ verlangt.

Zwecke abzielt, als das römische Testament, und von diesem sehr verschieden ist[27]).

Interessant ist für uns, dass Nârada bei der Lehre vom selbsterworbenen Vermögen — dieses ist von Ahnengut zu unterscheiden — das peculium quasi castrense kennt. „Nur der Gelehrte soll nicht gezwungen werden können, das durch Gelehrsamkeit Erworbene mit Ungelehrten zu teilen", berichtet *Mayr*[28]).

Noch wichtiger aber ist für uns die Thatsache, dass auch das reine peculium castrense — allerdings „nur der neueste Autor" — Nârada kennt:

„Auch das, was Jemand als Krieger erwirbt, soll derselbe als selbsterworbenes Gut für sich behalten und nicht collationiren[29])."

Damit war dem Krieger ein freies Verfügungsrecht gewährt.

Arabien.

Bei den Arabern finden wir ein Rechtsbuch, so ausgereift, dass es sich mit modernen messen kann. „Le livre de Khalil est un Code, dont l'autorité est la plus haute qu'une loi puisse avoir", sagt *Seignette*[30]). Der Khalil ist eine der vier Interpretations- bzw. Redactionswerke des Koran, nämlich des l'Imam

---

[27]) Grundpfeiler des indischen Erbrechts war die Vermögensverteilung dâya-vibhâga bei Auflösung der Familie unter den Familiengliedern. Wie *Aurel Mayr* in seinem indischen Erbrecht (Wien 1873, S. 1, 13, 21 u. 28) betont, handelte es sich hier „nur um die Feststellung der Rechte der Teilgenossen an bestimmten Portionen des bisher gemeinsamen Vermögens." Ein starkes Zusammengehörigkeits-Bewusstsein herrschte also vor! Die Familie lebte nach einem „einheitlichen Wirtschaftsplan"! (S. 26.)

Die Verteilung selbst basirte auf einer Willenserklärung, dem Willen „des Teilgenossen, die Teilung vorzunehmen." Dieser Wille konnte entweder ausdrücklich erklärt oder aus facta concludentia, wie separatem Haushalt etc., geschlossen werden.

Der Beweis für die Willenserklärung wurde erbracht a) durch Dokumente oder im Falle die Erklärung vor Zeugen geschah, b) durch Zeugen.

In den Dokumenten können wir unschwer eine Art Testament erkennen.

[28]) Ibid S. 26, Gleiches gilt übrigens auch von Freundesgeschenken (maitram) und der Hochzeitsgabe (audo âhikam) etc. S. 28 ibid. Die sechsfache strîdhana — Brautgeschenke — S. 164 u. 186 ff. ist streng davon zu unterscheiden und vererbt an die Töchter.

[29]) Ibid S. 27.

[30]) Code Musulman par Khalil. Texte Arabe et nouvelle traduction dar N. Seignette, Constantine 1887. Vgl. Avant-Propos S. XI.

Malek[31]) und „le Coran est la loi des Musulmans"; sein Geltungsbereich ist Marokko, die barbarischen Staaten, der Sudan, Egypten und Asien.

Titre XXXV handelt ausführlich vom Testament[32]).

Ausserordentliche Testamentsformen sind dem Code Musulman unbekannt. Die Vorbedingungen zur Ausbildung solcher sind jedoch gegeben.

Japan.

Dickel hebt in seinem Werk über Montenegro[33]) hervor, dass auch „die Japaner auf Grund eines im Jahre 1878 von *Bogisic*[34]) dem damaligen Chef der japanischen Ausstellungsabteilung in Paris, *Matzaioschi-Matzugata*, erstatteten Gutachtens für ihre Kodifikation die Ausschliessung des Familienrechtes beschlossen haben."

Japan steht also auch bezüglich des Erbrechts auf dem gleichen Standpunkt wie Montenegro! Trotzdem ist es besser daran als letzteres, da es für Japan in Wiederaufnahme früher geltenden Rechts ein Leichtes sein wird, diese Lücke auszufüllen.

Rudorff[35]) hebt „die oft erstaunliche Aehnlichkeit mit altrömischen Grundsätzen und Anschauungen des europäischen Mittelalters" in der japanischen Codifikation des vorigen Jahrhunderts hervor, die dahin hätte führen können „Japan ein eingebornes Recht zu geben oder zu erhalten." Wir müssen uns überzeugen, dass schon a. 1742 dem japanischen Volke „wol ausnahmslos alle Rechtsinstitute bekannt waren, die wir etwa aufweisen könnten, so In-

---

31) Nach dieser Schule auch Rite Malékite genannt. XII. — Khalil war der Sammler „qui vécut au XIVe siècle de l'Ère chrétienne."

32) Art. 2051 bestimmt bezüglich der Form:

„Le legs peut être fait en termes exprès ou par signes intellegibles."

Auch die Zwei-Zeugenschaft kennt der Code Musulman art. 2128 ff.

33) Siehe oben Seite 83 Anm. 5, und Seite 33 des *Dickel*'schen Werks.

34) Ueber diesen Kodifikator Montenegro's gibt *Dickel* einen interessanten biographischen Abriss S. 9 ff.

35) *Rudorff*, Otto, Landrichter in Tokio, Japan, „Kamporitsu oder Hiakkajo, ein japanisches Rechtsbuch, aus der Mitte des vorigen Jahrhunderts" (1742), Berlin 1888. Einleit. S. XV, XIII, XI; ferner S. 3. — Kampo ist die Periode 1741 bis 1743. Vgl. über Lehns- und Militärwesen. Ibid S. II—VII. — Erwähnt sei, dass *Sakuja Yoshida* in seiner „Geschichtlichen Entwicklung der Staatsverfassung und des Lehnwesens von Japan" (Bonner Inaugural-Dissertation) Haag 1890 „Kwamporitsu und Kwampoperiode" schreibt.

testaterbfolge, letztwillige Verfügungen und Noterbrecht (Art. 3)".

Kamporitsu unterscheidet klar bezüglich der Beweistüchtigkeit der Urkunden, auch bei letztwilligen Verfügungen, und legt bei Aufsetzung von Testamenten den Zeugen die Eigenschaft von „Instrumentszeugen" bei.

Der für uns hieher bezügliche, wichtige Art. 3 besagt im 3ten Kampo: „Wenn in der Erbfolgeschrift Zeugen stehen und sie sonst glaubhaft ist, oder wenn sie die eigene Unterschrift und Stempelung (des Testators) enthält und sie sonst glaubhaft ist, auch wenn keine Zeugen angeführt sind, so ist die Erbfolge so anzuordnen, wie in der Urkunde bestimmt ist. Ist jedoch ungewöhnlich von der Linie abgewichen (sujichigai), so ist nach angestellter Prüfung an einen Blutsverwandten (sujimeno mono) zu vererben." [36])

Wie *Kohler* [37]) berichtet, werden durch Gesetz vom 6. Oktober 1890 mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1893 Testamente eingeführt, durch welche dem gesetzlichen Noterben (Hauserben) die Hälfte entzogen werden kann.

Bei dem wichtigen historischen Moment, wonach in Japan seit 1186 der Militäradel (buke, samurai) die führende Rolle spielte, so dass das Heerwesen, die Militärgerichtsbarkeit, der Kriegsdienst frühzeitig genau geregelt wurden; bei der Thatsache, dass Japan in neuester Zeit bestrebt ist, mit einer deutschen militärischen Organisation auch den deutschen militärischen Geist sich anzueignen, ist es kein Zweifel, dass über kurz oder lang ein unserem Reichs-Militärgesetz ähnliches Gesetz nach Japan verpflanzt wird, und damit peculium castrense und testamentum militare dort ihren Einzug halten werden.

---

[36]) Als Erklärung zu der Schlussnorm führe ich *Friedrichs* ([und *Kohler*] Zum japanischen Erb-Recht. Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Band X, III. Heft. Stuttgart, Enke 1892. S. 372. 375.) Worte an: „Eine testamentarische Erbfolge und eine gesetzliche Intestaterbordnung in der Seitenlinie haben die Japaner nicht; eine gewohnheitsmässige Erbordnung in der Seitenlinie hat sich wegen der Häufigkeit der Adoptionen nicht ausbilden können."

Friedrichs prophezeit dann: „Der unwiderstehliche Einfluss der europäischen Beispiele und die grosse Nachahmungsfähigkeit und Lust der Japaner" lässt keinen Zweifel „dass es dort bald so aussehen wird wie bei uns."

Die Anfänge dazu sind gemacht!

[37]) Ibid. S. 437. Studien zum japanischen Recht.

D. Amerika.

I.

Den Standpunkt der meisten nordamerikanischen Staaten habe ich schon oben bei England's Besprechung angedeutet und beziehe ich mich auf die in Anm. 21 angegebene Quelle[38]). Danach bestehen dortselbst privilegirte Testamentsformen nicht.

II.

Bezüglich der in Südamerika herrschenden Verhältnisse beziehe ich mich ebenfalls auf jene Quelle, nach welcher registrirt sei, dass Vorschriften über das Seetestament in folgenden Staaten bestehen: Argentinien, Bolivia, Chile, Guatemala, Haiti, Honduras, Louisiana, Uruguay und Venezuela. Auch das im südlichen Nordamerika gelegene Mexiko gehört hieher.

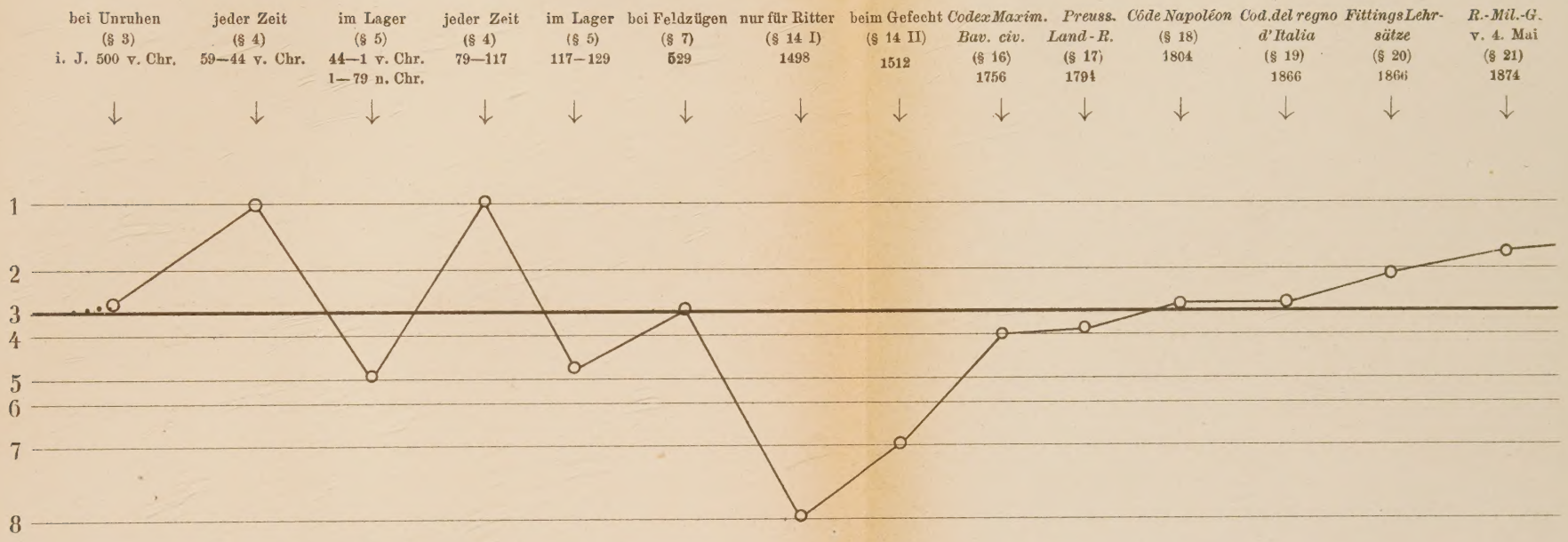
Alle diese genannten Staaten, mit Ausnahme von Louisiana, verfügen über mehr oder minder starke Armeen teilweise mit Flotte und ist es — nachdem im Seetestament die Ansätze der Privilegirung gegeben sind — nur eine Frage des Bedürfnisses, ob hier oder dort über kurz oder lang das Rechtsinstitut des Soldaten- bzw. Marinetestaments hervorsprosst.

Eine erschöpfende Darstellung der einschlägigen Normen des Auslandes zu geben ist einerseits bei der Schwierigkeit der Quellenbeschaffung, welche schon im Vorwort betont wurde, unmöglich; andererseits wäre sie aber auch ermüdend und unnütz, da — wie das bisher Besprochene lehrt — bei aller Verschiedenheit der Gesetzesfassungen doch gewisse Momente ihnen typisch sind, und allen Quelle und Wurzel war und sein wird: das römische Procinctual-Testament!

---

[38]) Motive zum N. bürg. Gesetzb. f. d. d. Reich etc. etc.

Das Soldatentestament galt:



Um der Vorstellung von den verschiedenen Entwicklungsstufen des Soldatentestaments zu Hilfe zu kommen, dürfte die vorstehende graphische Darstellung nicht unwesentlich sein. Die Zeit der vollsten Formlosigkeit unter Caesar ist als höchster Punkt, die misverständliche Beschränkung des Privilegs blos auf Ritter ist als tiefster Punkt gedacht; dazwischen liegen die anderen Stadien, sechs an der Zahl, also im Ganzen acht. Die Kurven lassen sich natürlich nicht mit mathematischer Genauigkeit angeben, sondern sind gedacht je nach der grösseren Freiheit oder Beschränkung, welche das Privileg mit sich brachte. Um die dritte gedachte Linie — Kriegszeiten — als normalem Stand bewegen sich die Linien insbesondere der modernen Codificationen. Unser neuestes Recht hat durch die Hereinziehung des „Belagerungszustandes“ noch einen kleinen Schritt freiheitlicher Aufwärtsbewegung gethan. Dabei musste aber der Wegfall jeder inhaltlichen Privilegirung unberücksichtigt bleiben.